

THÈSE DE
PARIS.
1883.
N^o. 88.

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DE LA FIDÉJUSSION

DROIT FRANÇAIS
DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT D'UN DÉLIT
OU D'UN QUASI-DÉLIT ET SPÉCIALEMENT
DE L'ABORDAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 21 février 1883, à midi

PAR

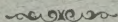
Henri LOTTIN

AVOCAT

Président : M. DEMANTE, professeur.

Suffragants : { MM. RATAUD, } *professeurs.*
GLASSON, }
MICHEL HENRY, } *agrégés.*
JOBÉ-DUVAL. }

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement



PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, Boulevard Saint-Michel, 52

1883

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DE LA FIDÉJUSSION

DROIT FRANÇAIS
DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT D'UN DÉLIT
OU D'UN QUASI-DÉLIT ET SPÉCIALEMENT
DE L'ABORDAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 21 février 1883, à midi

PAR
Henri LOTTIN
AVOCAT

Président : M. DEMANTE, professeur.

<i>Suffragants :</i>	{	MM. RATAUD,	}	<i>professeurs.</i>	
		GLASSON,			
		MICHEL HENRY,			<i>agregés.</i>
		JOBBÉ-DUVAL.			

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement



PARIS
ALPHONSE DERENNE

52, Boulevard Saint-Michel, 52

1882

A MON PÈRE — A MA MÈRE

A LA MÉMOIRE DE MON FRÈRE

A MA SOEUR



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DE LA FIDÉJUSSION

INTRODUCTION

La fidéjussion, sorte d'*adpromissio* ou de promesse accessoire faite en la forme verbale, doit être rangée, si l'on considère son utilité spéciale et son emploi de beaucoup le plus fréquent, au nombre des actes qui portaient chez les Romains le nom générique d'*Intercessiones*. Or il y avait *intercessio* toutes les fois qu'on intervenait dans l'intérêt unique d'autrui en engageant sa personne ou sa chose, soit que, ce qui arrivait le plus souvent, l'obligation originaire continuât de subsister, comme dans les trois cas d'*adpromissiones*, soit qu'elle disparût pour faire place à celle de l'*intercessor*, comme au cas d'*expromissio*. L'*intercessio* pouvait donc, suivant la forme qu'elle affectait, constituer ou non ce que nous appelons en droit moderne un cautionnement, mais son caractère essentiel, c'était l'absence d'intérêt personnel de la part de l'intervenant. Ainsi lorsque le *fidejussor* s'obligeait *in rem suam*, il n'y avait pas *intercessio* (L. 24, de *pactis*, II, 14).

En dehors de l'*adpromissio* et de l'*expromissio*, engagement *verbis* qui entraînait novation par changement

de débiteur, les modes principaux d'intercéder étaient :

Le *mandatum pecuniæ credendæ*, lequel se rencontre, dit M. Accarias, toutes les fois « que sur mon ordre et à mes risques et périls vous consentez à devenir créancier d'une personne déterminée (Précis de Droit Romain, t. II, n° 639);

Le pacte *de constitut* fait par un tiers, convention par laquelle on prenait l'engagement de payer à jour fixe une dette préexistante ;

Enfin, la constitution d'un droit de gage ou d'hypothèque sur sa propre chose pour sûreté de la dette d'autrui.

Les garanties réelles étaient chez les Romains d'un usage beaucoup plus fréquent que le cautionnement, malgré les avantages qu'elles peuvent offrir, car suivant Pomponius, *plus cautionis in re est quam in persona* (L. 25, de *regulis juris*). Cela tenait à plusieurs causes historiques et économiques. Il n'en pouvait être autrement d'abord à l'origine du droit romain, à l'époque où le *pignus* tel qu'il fut compris plus tard, n'existait pas encore et alors qu'on en était réduit au système si incommode de l'aliénation fiduciaire, alors aussi que l'hypothèque, institution d'origine grecque, était, sinon inconnue, du moins sans existence officielle dans la péninsule Italique. Mais même depuis que le prêteur Servius eut donné la fameuse action qui prit son nom et qu'à l'imitation de celle-ci eût été rédigée la formule de l'action quasi-servienne, l'hypothèque n'acquit pas à Rome, comme instrument de crédit, l'importance qu'elle a prise chez nous. Le défaut de publicité et l'imperfection de ce que nous appelons aujourd'hui le régime hypothécaire s'y opposaient. A un autre point de vue les liens si étroits de la

clientèle qui permettaient au patron de compter sur la garantie personnelle de son client et réciproquement ; enfin les voies rigoureuses d'exécution qui donnaient une force particulière à certains engagements de la personne contribuaient à assurer une sorte de prépondérance à l'emploi des sûretés simplement personnelles.

Si les différents actes énumérés plus haut, emportaient par leur nature même, l'idée d'une *intercessio*, il pouvait arriver aussi que cette présomption cédât devant la réalité et la preuve contraire, ce que nous avons déjà remarqué au cas où le *fidejussor*, par exemple, s'engageait dans son propre intérêt. A l'inverse, il pouvait se faire qu'un acte constituât une *intercessio* sans consister dans un engagement accessoire, ou plus généralement sans revêtir aucune des formes ci-dessus indiquées. C'est ce qui avait lieu notamment si Primus ayant besoin d'argent, le prêteur ne consentait à verser la somme dont il s'agissait qu'entre les mains de Secundus, qui devenait ainsi son débiteur principal, bien que dans l'intérêt d'un autre (L. 29, *pr. ad sen. cons. Velleianum*, XVI, 1). La détermination précise du caractère d'un acte en tant que constituant ou non une *intercessio*, pouvait offrir en pratique un intérêt capital au point de vue de l'application des prohibitions du sénatus-consulte Velléien.

Avant Justinien, on distinguait trois espèces d'*adpromissiones* (Gaius, Com. III, § 115) :

1° Les *sponsores* ; 2° Les *fidepromissores* ; 3° Les *fidejussores*.

Ils se reconnaissaient à la formule même employée dans

l'interrogation : *idem spondes ? idem fidepromittis ? idem fidejubes ?* (Gaius, Com. III, § 116).

Ces trois formes n'étaient pas nées en même temps. La plus ancienne était la *sponsio*. Celle-ci était réservée aux citoyens romains (Gaius, Com. III, § 93). A partir du jour où la *stipulatio* cessa d'appartenir d'une façon exclusive au *jus civile* et devint accessible, grâce à l'emploi de formules nouvelles, aux pérégrins, rien n'empêcha ces derniers d'intervenir aussi à titre de débiteurs accessoires ; de là naquit la *fidepromissio*. C'était là sans doute un progrès considérable autant qu'inévitable, mais qui était loin encore de répondre à toutes les nécessités de la pratique et devait servir lui-même de point de départ à une dernière marche en avant. Nous verrons en effet les inconvénients énormes de ces deux formes primitives : la *fidejussio* qui vint en troisième lieu eut pour but de les éviter.

Déterminons les différences existant entre ces diverses espèces de promesses accessoires ou d'*accessiones*.

Entre les deux premières, il y en avait peu, sauf celle que nous avons déjà signalée. Ajoutons cependant que la loi *Pubilia* conférait au *sponsor* un double et spécial avantage : 1° En cas de paiement, il avait à son service contre l'obligé principal l'*actio depensi* qui entraînait une condamnation au double *contra inficiantem* (Com. IV, § 9 ; Paul, Sent. I, 117, § 1).

2° Sa créance était garantie par la *manus injectio pro judicato* en cas de non remboursement dans les six mois (Gaius, Com. IV, § 22).

Le *fidepromissor* était moins favorisé, sa situa-

tion était donc inférieure. Toutefois il ne faut pas oublier ce que nous avons dit plus haut : tout le monde ne pouvait pas s'engager dans la forme *spondes*. Les citoyens romains avaient seuls la faculté de l'employer.

Des différences plus nombreuses et plus importantes séparaient les *spondes* et les *fidepromissores* des *fidejussores*. Elles étaient au nombre de sept.

1. — Le *sponsor* et le *fidepromissor* ne pouvaient garantir qu'une obligation dont l'objet était une *datio* ; le fidéjusseur garantissait toute espèce d'obligation, quelqu'en fût l'objet.

2. — Le *sponsor* et le *fidepromissor* s'obligeaient *quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus* (Gaius, Com. III, § 119). Le *fidejussor* n'était tenu que si l'obligation qu'il garantissait était au moins naturelle (l. 29, de *fidejussoribus et mand.* XLVI, 1).

3. — L'obligation garantie par un *sponsor* ou par un *fidepromissor* devait être contractée *verbis* (Gaius, Com. III, § 119), tandis que le *fidejussor* pouvait cautionner une obligation verbale, réelle, littérale, consensuelle ou même née *ex delicto* (§ 1. de *fidejussoribus*, Inst. III, 20).

4. — Les obligations d'un *sponsor* et d'un *fidepromissor* leur étaient personnelles, celles du fidéjusseur passaient à ses héritiers (Gaius, Com. III, § 120) (1).

1. C'est par l'intransmissibilité de la *sponsio* et de la *fidepromissio* qu'il faut expliquer certains textes du Digeste que Justinien a détournés de leur sens originaire en y substituant le mot de *fidejussio* à ceux de *sponsio* ou *fidepromissio* et a par cela même rendu fort obscurs (l. 32 § 1, de *cond. ind.* XII, 6. — L. 69, de *fidejussoribus et mand.* XLVI, 1).

D'après la loi *Furia*, le *sponsor* et le *fidepromissor* *biennio liberantur*. Cette loi ne s'appliquait pas aux fidéjusseurs, leur obligation était perpétuelle (Gaius, Com. III, § 121).

6. — Cette même loi décidait que le créancier qui avait reçu pour une même dette plusieurs *sponsores* ou plusieurs *fidepromissores* ne pouvait demander à chacun d'eux que sa part virile, qu'ils fussent ou non solvables, et s'il réclamait à l'un la totalité de la dette, il encourait la *plus petitio*. Cette loi n'était pas applicable aux fidéjusseurs (Gaius, Com. III, § 121).

7. — La loi *Apuleia* (1) établissait une société entre les différents *sponsores* et *fidepromissores* d'une même dette. Ils étaient tenus *in solidum* envers le créancier, mais si l'un payait plus que sa part, il avait un recours contre les autres. La loi *Furia* (2) modifia ceci quelques années après, mais cette loi n'avait d'effet qu'en Italie, de sorte que le principe établi par la loi *Apuleia* continua de s'appliquer dans les provinces. La loi *Apuleia* comme la loi *Furia* ne concernait pas les fidéjusseurs (Gaius, III, § 122).

La *fidejussio* était donc plus avantageuse que les deux autres formes d'*adpromissio*. C'est ce qui les fit tomber en désuétude et sous Justinien, il n'en est plus question. On rencontre bien quelquefois dans les textes du Digeste les mots de *sponsio* et de *fidepromissio*, mais c'est par inad-

1. Rendue en l'an de Rome 652.

2. En l'an de Rome 659.

vertance qu'ils s'y trouvent : ces mots sont synonymes de *fidejussio*.

Nous allons exposer en quatre chapitres la théorie de la *fidejussio* et nous la comparerons brièvement avec les autres modes du cautionnement.

CHAPITRE I.

CONDITIONS DE VALIDITÉ.

Les conditions de validité de la fidéjussion tiennent à la forme du contrat, à la capacité de ceux qui y sont parties, à la nature de l'obligation que l'on garantit, enfin à l'objet.

Nous allons reprendre séparément chacune de ces conditions et les étudier en détail.

SECTION I.

Formes de la fidéjussion.

Gaius nous indique (Com. III, § 116) la formule d'après laquelle s'engageait le fidéjusseur. C'était la suivante : *Idem fide tua esse jubes?* Plus loin dans le paragraphe 123, Com. III, le même jurisconsulte nous apprend que le créancier qui se proposait de recevoir un *sponsor* ou un *fidepromissor* avait une formalité particulière à remplir. Cette formalité fut édictée par la loi *Cicereia*. Elle n'était pas imposée au créancier d'un fidéjusseur, mais Gaius nous dit qu'en pratique on ne distinguait pas.

Le créancier devait *prædicare palam* ce pour quoi il

acceptait caution et combien il recevait de fidéjusseurs. *Prædicare palam*, dit Gaius, c'est-à-dire déclarer d'avance, en présence de tous. La sanction était que dans les trente jours, les fidéjusseurs pouvaient aller trouver le magistrat et réclamer une action préjudicielle. Ils faisaient constater que le créancier n'avait pas fait la déclaration et par cela même, ils étaient libérés.

Demandons-nous quelle était l'utilité de ces déclarations. On sait que la loi *Apuleia* établissait une espèce de société entre les *sponsores* et les *fidepromissores* et que celui qui payait plus que sa part avait un recours contre les autres. La loi *Furia* voulait que la division eût lieu entre les *sponsores* et les *fidepromissores* vivants au jour de l'échéance, nous verrons que plus tard des bénéfices semblables furent accordés aux *fidejussores*. Ils obtinrent en outre le bénéfice de cession d'actions. Le fidéjusseur avait ainsi un recours contre ses coobligés et jouissait du même avantage que les *sponsores*. Adrien leur accorda également le bénéfice de division. C'était pour eux le droit de forcer leur créancier à diviser son action entre tous.

Ceci établi, on comprend facilement l'utilité de la déclaration imposée par la loi *Cicereia*. Par cette déclaration les cautions en s'obligeant connaissaient exactement le montant de la dette et le nombre des personnes qui s'engageaient avec elles. Elles savaient dès lors la part qu'elles auraient à payer, si elles étaient poursuivies.

Quand il n'y a qu'un seul *fidejussor*, il semble que la déclaration du créancier est inutile. On peut dire qu'elle

servira même dans ce cas. Elle apprendra au fidéjusseur qu'il est seul obligé et que par conséquent il aura le tout à payer.

Pourquoi la loi *Cicereia* ne s'appliquait-elle pas aux fidéjusseurs ? C'est qu'à l'époque où elle fut portée, ils n'existaient pas encore. Plus tard, quand ils furent créés, la jurisprudence leur étendit ces prescriptions ; en effet les motifs étaient les mêmes.

La loi resta propre aux *adpromissores*. Elle ne fut jamais étendue aux constituants ni aux *mandatores*.

SECTION II

Capacité des parties.

Dans un contrat de fidéjussion, trois personnes sont intéressées : celui qui s'engage à cautionner le débiteur, le créancier qui fait garantir sa créance et enfin le débiteur qui lui offre une sûreté nouvelle. Nous diviserons cette section en trois paragraphes. Dans le premier, nous examinerons la capacité exigée pour se porter fidéjusseur, dans le second, pour qui on peut se porter fidéjusseur, et dans le troisième envers qui on peut s'obliger comme fidéjusseur.

§ 1. — *Qui peut se porter fidéjusseur.*

En principe, pour se porter fidéjusseur, il faut être capable de s'obliger *verbis* et pouvoir être poursuivi. Cela

résulte de la loi 3 *de fidejussoribus*, ainsi l'*infans*, le fou, le prodigue interdit ne peuvent pas s'engager par fidéjussion.

Ces deux conditions ne suffiront pas toujours, il faudra encore quelquefois, et ce sera le plus souvent, être capable d'*intercedere*. Il peut se faire que le cautionnement ne soit pas une intercession, comme dans l'hypothèse suivante : j'ai donné mandat à Titius de m'acheter un fonds de terre, Titius n'a pas d'argent, je le garantis. Il est évident que dans ce cas, j'agis dans mon intérêt et non dans celui de Titius. Il n'y a donc pas d'intercession. Mais il n'en sera pas toujours ainsi, disons même que généralement le cautionnement aura le caractère d'une intercession.

Deux classes de personnes ne peuvent pas *intercedere* : ce sont les esclaves et les femmes. Quant à l'esclave, la règle établie par le préteur est qu'un esclave qui a un pécule peut engager le maître jusqu'à concurrence de ce pécule. Cette règle ne s'applique pas, quand l'esclave agit comme intercesseur, ou quand il se porte fidéjusseur.

La loi 3, § 5, *de peculio*, XV, 1, suppose qu'un fils de famille et un esclave ont cautionné un débiteur, soit dans une fidéjussion, soit de toute autre façon ; *aut alias intervererint*. Ulpien se demande si le créancier aura l'action *de peculio* contre le maître. Il répond qu'il faut rechercher en quelle qualité l'esclave s'est engagé. S'il a voulu faire une intercession pour une affaire qui ne concernait pas son pécule, le jurisconsulte décide que le maître n'est pas tenu. Il est en cela de l'avis de Celsus.

Il n'en serait pas de même d'un fils de famille. Au § 7 de la même loi nous voyons que le père est obligé. Pourquoi cette différence ? C'est qu'on se méfie de l'esclave. Par méchanceté pour son maître, ou dans le désir de gagner les bonnes grâces d'un tiers, en vue de son affranchissement futur, il pourrait employer son pécule sans sécurité. Le fils de famille, au contraire, est intéressé à la bonne administration des biens qui lui sont confiés, il n'espère aucun affranchissement et n'est jamais porté à nuire à son père. Les raisons ne sont pas les mêmes, de là vient la différence de ces deux solutions.

Nous avons dit que le maître n'était pas tenu *de peculio*. Il ne faut pas en conclure que l'esclave ne soit pas obligé, il l'est, mais *naturaliter*.

La loi 19, de *Fidejussoribus*, suppose plusieurs hypothèses. Un esclave s'est engagé à l'insu de son maître et il paie. On se demande si le maître pourra répéter. Julien dit de distinguer.

Si l'esclave a contracté pour une cause qui regardait son pécule, son obligation est valable et le maître ne pourra rien réclamer, s'il a payé avec des écus provenant de son pécule. Mais s'il a puisé dans le patrimoine de son maître pour acquitter son obligation, celui-ci aura la revendication pour rentrer en possession des biens aliénés. Le jurisconsulte décide, au contraire, que l'obligation de l'esclave serait nulle dans le cas, où il se serait engagé pour une cause étrangère au pécule. En cas de paiement, le maître pourra toujours répéter, mais pas de la même façon

dans tous les cas. Les deniers aliénés appartenait-il au maître, il les revendiquera, ont-ils été puisés dans le pécule, il n'aura qu'une *condictio*.

Remarquons que dans le cas où Julien accorde au maître une revendication, celle-ci ne sera pas toujours possible. Il faudra pour qu'elle puisse être exercée que les écus n'aient pas été consommés. Autrement, on ne pourrait encore agir que par une *condictio*.

À l'égard des femmes, la prohibition fut établie par le sénatus-consulte Velléien. Cette disposition législative ne fit que mettre en vigueur une jurisprudence déjà établie précédemment et qui n'était que la conséquence de quelques édits rendus par Auguste et Claude (L. 2 *pr. ad. S. C. Velleianum*, XVI, 1). Le but n'était pas de protéger les femmes, mais de réprimer leur influence. C'était la consécration du principe qui les excluait de tout office viril. Le sénatus-consulte défendait à la femme d'*intercedere* pour autrui. On ne l'empêchait pas de contracter, ni de s'engager, elle ou sa chose, pour une autre personne, mais elle devait y avoir un intérêt réel. Ainsi, elle aurait pu cautionner un mandataire chargé de gérer ses biens.

Le principe est que la femme n'est pas réputée *intercedere* toutes les fois qu'elle en retire un avantage quelconque (L. 8, § 2 et L. 27, § 2, *ad S. C. Velleianum*).

Il y avait des cas où le sénatus-consulte ne s'appliquait pas. Cela se présentait toutes les fois que l'intercession faite par la femme était un devoir d'humanité ou de fa-

mille. « Si une femme, dit M. Gide (1), engage son crédit pour procurer une dot à sa fille, si elle intervient dans un procès pour défendre son mari malade ou absent, peut-on lui reprocher de venir s'ingérer dans les affaires d'autrui ? C'est son propre intérêt ou mieux encore, c'est son devoir qui la fait agir ; s'il y a intercession, il n'y a pas d'intercession prohibée. »

Quand la femme se rend coupable d'un dol, on ne lui permet pas d'invoquer le sénatus-consulte pour sa défense. Ainsi elle a trompé son créancier (L. 2, § 3, *ad S. C. Velleianum*), la sanction de la prohibition est dans la nullité de l'obligation. La femme s'en prévaudra par voie d'exception. Il lui sera permis de l'invoquer, même après sa condamnation.

Si elle a payé, elle a encore un recours, elle peut intenter la *condictio indebiti* ou une revendication, suivant qu'elle aura transféré la propriété ou qu'elle se sera contentée de donner ses biens en gage (L. 40, *pr. de cond. indeb.* XII, 7).

Justinien apporta de grandes modifications à cet état de choses. Il décida que la femme pourrait s'obliger pour autrui, pourvu qu'elle ait une juste cause de le faire (L. 24, C. *ad S. C. Velleianum*) ou qu'elle prouve qu'elle en avait bien l'intention. Mais il lui défend d'une façon absolue de s'engager pour son mari.

Les exceptions à la capacité de garantir une dette de-

1. M. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme* ; p. 183.

vront s'appliquer à toute espèce de cautionnement, qu'il soit fait sous la forme d'une *adpromissio*, d'un *mandatum pecuniæ credendæ* ou d'un *pacte de constitut*.

§ 2. — *Pour qui on peut se porter fidéjusseur.*

De ce que le cautionnement est un service rendu à un débiteur, il s'en suit que la fidéjussion ne sera possible que là où il y aura un débiteur principal. On ne comprend pas un service rendu *in rem*. Un service est rendu à une personne et jamais d'une façon abstraite. Ceci nous amène à passer en revue quelques espèces.

Un débiteur est mort, son hérédité n'est pas encore acceptée, le créancier peut-il recevoir un fidéjusseur ? La loi 12 de *fidejussoribus* nous dit que oui, parce que l'hérédité est une personne et en effet *hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet* (pr. de *stipulatione servorum*. Inst. III, 17).

Un débiteur est prisonnier, un fidéjusseur peut-il le garantir ? Il faut distinguer. Le prisonnier revient-il en bénéficiant du *jus postliminii* ? oui, car il est censé n'avoir jamais été captif ; de même, s'il meurt chez l'ennemi, puisque son hérédité s'ouvrira au jour où sa captivité aura commencé. Au contraire, s'il est rendu à la liberté sans obtenir le *jus postliminii*, un fidéjusseur ne pourra pas le cautionner.

Un débiteur est condamné à la déportation, peut-on cautionner sa dette ? Non, car ses biens sont confisqués et

il cesse d'être tenu, *tota obligatio contra eum extincta sit* (L. 47 de *fidejussoribus*).

Un fils de famille a contracté une obligation, il meurt sans avoir fourni de répondant, est-il possible à un fidéjusseur de s'engager pour lui ? Julien répond que non, car *nulla obligatio aut civilis, aut naturalis supersit, cui fidejussor accedat* (L. 18 de *S. C. Macedoniano* XIV, 6). Quoique placé au titre de *S. C. Macedoniano*, le texte entend parler d'une obligation valable, puisqu'à la fin, il suppose que le père peut être tenu de *peculio*.

Il ne suffit pas qu'il y ait un débiteur principal, il faut encore qu'il soit distinct de la caution. C'est le cas prévu par la loi 21, § 2 de *fidejussoribus*. J'ai prêté de l'argent à un esclave et son maître l'affranchit, Africain se demande si je peux le recevoir comme fidéjusseur ? Cela dépendra de l'obligation que je lui demanderai de cautionner. S'il répond de sa propre obligation sa promesse sera nulle, car *non intelligi posse ut quis pro se fidejubendo obligetur*. Au contraire elle serait valable, si elle avait pour but de garantir l'action de *peculio*, dont est tenu le maître.

Nous n'appliquerons pas ces principes au pacte de constitut, la loi 11 pr. de *pecunia constituta* XIII, 5 est formelle. Pour le *mandator pecuniæ credendæ*, la question ne peut pas se poser. Quand on donne mandat à une personne de prêter de l'argent, ce mandat s'évanouit nécessairement, s'il n'y a pas de débiteur qui contracte avec cette personne.

§ 3. — *Envers qui on peut s'obliger comme fidéjusseur.*

Un fidéjusseur ne peut s'engager qu'envers le créancier du débiteur principal. C'est en effet ce créancier qui a besoin d'une sûreté. La loi 16 pr. *de fidejussoribus*, après avoir posé le principe, examine l'hypothèse suivante. Un *servus communis*, appartenant à Titius et à Sempronius, a stipulé *nominatim pro Titio* : celui-ci sera seul créancier ; puis, il s'est fait donner un fidéjusseur et l'a interrogé en ces termes : *Titio aut Sempronio id dare spondes ?* Quel sera le résultat de cette promesse ? Julien nous apprend que Titius seul pourra poursuivre la caution, Sempronius ne sera qu'un *adjectus solutionis gratia*. Nous retrouvons la même idée dans la loi 23 *de fidejussoribus*.

On controverse cette décision. Il semble que la loi 9, paragraphe 1 et les lois suivantes, au titre de *stipulatione servorum* XLV, 3, lui sont contraires. Il n'en est rien. Les hypothèses prévues par la loi 16 et par les lois 9 § 1, loi 10 et suivantes ne sont pas les mêmes. Quand on lit la loi 16, on connaît parfaitement pour lequel de ses maîtres l'esclave a stipulé, aucun doute n'est possible. Au contraire, dans l'hypothèse prévue par la loi 9 § 1 et loi 10, quand l'esclave a interrogé : *Titio decem, aut Mævio fundum dare spondes ?* le jurisconsulte nous dit : *incertum est, utri eorum adquisierit actionem*.

Nous trouvons dans la loi 132 § 1 *de verborum obligationibus* XLV 1, une autre application du principe que l'on

ne peut se porter fidéjusseur qu'envers le créancier du débiteur principal. La loi suppose qu'un fils de famille stipule d'un fidéjusseur le remboursement des sommes, qu'il pourra prêter dans l'avenir, et il ne prête qu'après son émancipation. Le jurisconsulte décide que la caution n'est pas tenue. Le fidéjusseur ne peut être obligé qu'à partir du prêt, or, quand il a lieu, la personne du créancier n'est plus la même, fils de famille au moment de la promesse, il acquérait pour son père ; désormais étant émancipé, il acquiert pour lui-même : le fidéjusseur serait donc obligé envers le père, ce que n'admet pas Paul.

Dans la loi 47 de *fidejussoribus*, Papinien donne la même décision, mais il y apporte un tempérament, il ajoute que *humanitatis interitu*, le fidéjusseur deviendra le débiteur du fils de famille.

On applique aux autres modes du cautionnement ce que nous venons de dire sur la fidéjussion.

SECTION III

Obligations que peut cautionner un fidéjusseur.

Le fidéjusseur peut garantir toute espèce d'obligation ; c'est un avantage sur la *sponsio* et la *fidepromissio*, comme nous l'avons déjà indiqué dans notre introduction. Peu importe que l'obligation principale ait été contractée *re, verbis, litteris* ou *consensu* ; peu importe qu'il s'agisse d'une obligation née *contractu* ou *quasi ex contractu*, de-

licto ou quasi ex delicto ; qu'il s'agisse d'une obligation civile ou naturelle, à plus forte raison prétorienne, principale (*fidejussor principalis*) ou accessoire (*fidejussor fidejussoris*).

V. Gaius, C. III, § 119. L. L. 1 et 8 § 5 D. *de fidej.*

Gaius, dans le § 119, ne parle pas d'une façon spéciale des obligations nées *ex delicto*, mais il s'exprime en termes généraux qui les comprennent certainement : *fidejussor omnibus obligationibus adjici potest* *. S'il ne cite pas expressément les délits, cela tient probablement à ce que son commentaire troisième est consacré à l'étude des contrats. Les Institutes (§ 1, *de fidej.* III. 20) ont reproduit le passage en question de ce jurisconsulte.

À la fin de ce même paragraphe, Gaius donne à l'appui de la règle qu'il vient de formuler un double exemple d'obligations naturelles valablement garanties par un fidéjusseur. Il s'agit de l'esclave qui s'est engagé soit envers son maître, soit envers un *extraneus* ; l'obligation naturelle née de cet engagement pourra être l'objet d'une fidéjussion. Il en serait autrement, remarquons-le bien, dans l'hypothèse où l'esclave, après avoir stipulé de son maître, se ferait donner une caution pour fortifier la créance naturelle qu'il aurait ainsi acquise contre lui, car il se trouverait alors, par application d'un principe bien connu, stipuler au profit de son propre débiteur (l. 56, § 1, D. *de fidej.*).

La fidéjussion peut précéder ou suivre la naissance de l'obligation principale : *fidejussor et præcedere obligationem et sequi potest* (Inst. § 3, *de fidej.* L. 6, § 2, D. *eod. tit.*). Il semble que cette règle soit énoncée par opposition à ce qui existait, en sens divers, pour le *mandatum certæ credendæ pecuniæ* et pour le pacte de constitut. Mais nous

aurons encore occasion de dire qu'elle ne nous semble pas avoir constitué une différence nouvelle avec la *sponsio* et la *fidepromissio*.

Au premier cas, c'est-à-dire si la fidéjussion était fournie pour une dette future, il va de soi que c'était sous la condition tacite de la naissance de cette dette. Toute fidéjussion donnée pour une dette conditionnelle se trouvait forcément affectée de la même modalité que l'obligation principale, sous peine, comme nous le verrons, de nullité, puisqu'autrement elle eût été contractée *in durioorem causam*.

Quand la dette principale sera nulle, l'obligation accessoire suivra son sort (L. 129, § 1, D. *de regulis juris*). Si donc je stipule d'un fou et que je me fasse donner un fidéjusseur, il y aura nullité de l'une et l'autre promesse (l. 70 § 4, D. *de fidej.*). A l'inverse, rien n'empêcherait de garantir la dette contractée par un *furiosus* pendant un intervalle lucide ou bien celle qui serait née à sa charge sans aucune intervention de sa volonté. « *Furiosus et pupillus ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate* » (l. 46, *de oblig. et act.*, XLIV, 7). Dans la suite de ce texte, on voit qu'il est question notamment d'impenses faites à l'occasion d'un fonds commun, lesquelles seront comprises dans le règlement qui pourra intervenir à la suite de l'instance en partage.

Une exception à notre principe général doit être signalée ; une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose défendit à la femme de recevoir un fidéjusseur pour la restitution de sa dot (l. 1. 1 et 2, C. *de fidej. dot. dentur*).

V, 20). Justinien maintint cette prohibition et l'étendit à toute espèce de cautionnement (l. 2, *eod. tit.*).

Quant au mari, rien ne l'empêche de faire garantir par des fidéjusseurs la dot qui lui a été promise (l. 55, *de jure dotium*, V, 12), mais pourquoi le dire ? Pothier pense que l'intention de Justinien était de faire antithèse avec la constitution insérée au Code. Cela n'explique pas pourquoi Paul qui écrivait avant les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose crut devoir s'expliquer sur ce point. Il faut supposer que le texte a été altéré par les commissaires de Justinien. Paul aurait parlé du *fidepromissor* et non du *fidejussor*, prévenant ainsi un doute qui aurait pu s'élever au sujet de la valeur d'une *fidepromissio* faite pour garantir une *dotis dictio*.

Nous avons dit que la fidejussion pouvait s'adjoindre à une obligation naturelle. Reste à savoir quand une obligation pourra être considérée comme naturelle. Nous n'examinerons pas cette question qui est en dehors de notre sujet, nous nous bornerons simplement à étudier la question suivante qui a donné lieu à de vives et savantes discussions.

Un prodigue peut-il contracter une obligation naturelle, susceptible d'être cautionnée ? Il semble que non, si on s'en rapporte à la loi 6 *de verborum obligationibus*, ainsi conçue : « *Sis, cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit, tradere vero non potest, vel promittendò obligari : et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso.* » C'est là prohiber bien clairement la fidéjus-

sion. Alors comment concilier cette décision avec cet autre texte du même jurisconsulte, la loi 25 *de fidejussoribus* : « *Marcellus scribit : qui si pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.* » Ulpien est ici d'une opinion toute différente. Il suppose que l'obligation contractée par un prodigue peut être cautionnée, y a-t-il contradiction ? M. Machelard répond que non (1). Suivant l'éminent professeur, ces deux lois ne visent pas la même hypothèse. La loi 6 suppose que le fidéjusseur ignore l'interdiction du prodigue, elle vient à son secours pour ne pas le rendre victime d'une erreur excusable. La loi 25, au contraire, raisonne dans le cas où le fidéjusseur connaît l'incapacité de l'interdit, elle laisse subsister la fidéjussion, parce qu'une obligation naturelle existe à la charge de l'interdit.

On invoque, en faveur de cette opinion, le sénatus-consulte Macédonien, qui refuse toute action à ceux qui prêtent de l'argent aux fils de famille et laisse cependant subsister une obligation naturelle. Il y a là une analogie frappante. Tous deux, le fils de famille, comme le prodigue, dissipent en folles dépenses le patrimoine de la famille. Si les raisons sont les mêmes dans les deux cas, les décisions à donner ne doivent pas varier.

Cependant tous les auteurs n'admettent pas cette distinction. Cujas croit que la loi 8 vise le cas, où le prodigue

1. M. Machelard. *Traité des obligations naturelles*, p. 275.

s'est obligé *ex contractu* ; alors pas d'obligation même naturelle et la fidéjussion est nulle. La loi 25, au contraire, aurait en vue l'existence d'une obligation valable, à la charge du prodigue. Il faut supposer que l'obligation est née d'un fait indépendant de sa volonté. Pour soutenir cette thèse, Cujas s'appuie sur un texte que nous venons de citer plus haut, la loi 70, § 4 *de fidejussoribus*. Le premier membre de phrase expliquerait la loi 6, le second la loi 25.

M. Demangeat (1) n'est pas de cet avis. Le savant jurisconsulte accuse les commissaires de Justinien d'avoir changé le texte. Il pense que Marcellus avait écrit : « *si quis, pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso* SPOPONDERIT aut FIDEPROMISERIT », mais comme la *sponsio* et la *fidepromissio* avaient disparu à l'époque de Justinien, pour faire place à la *fidejussio*, beaucoup plus en usage, ils ont remplacé dans le texte, ces deux mots *sponponderit* et *fidepromiserit*, par celui-ci : *fidejusserit*. Autrefois le texte de Marcellus s'expliquait, la *sponsio* et la *fidepromissio* pouvant avoir lieu sans qu'il fût besoin de l'existence d'une obligation principale ; après la correction le texte n'a plus de sens.

M. Demangeat propose donc de traduire ainsi la loi de Marcellus : « Celui qui se porte SPONSOR ou FIDEPROMISSOR pour un pupille qui contracte sans l'*auctoritas tutoris*, pour un prodigue ou pour un *furiosus* doit plutôt être exclu du

1. M. Demangeat. *Cours de droit romain*, p. 313.

bénéfice de la restitution prétorienne, attendu qu'il n'a point de recours à exercer comme mandataire. »

Nous avons déjà dit dans notre introduction que le *sponsor* et le *fidepromissor*, à la différence du *fidejussor*, ne pouvaient accéder qu'à une obligation dont l'objet était une *datio*, contractée par la forme *verbis*. Ajoutons que l'engagement de ces deux premières cautions devait être concomitant à la naissance de l'obligation principale, tandis que celui du fidéjusseur pouvait la précéder, l'accompagner ou la suivre (1).

Le constitut ne s'applique pas à des obligations futures, cela résulte de sa définition même : un pacte par lequel on s'engage à payer une dette préexistante. Donc la dette sera déjà née.

Au contraire, quand on donne mandat à une personne de prêter de l'argent, il est clair que la dette n'existe pas encore, l'argent n'a pas encore été prêté. Le mandant ne deviendra obligé que quand la somme aura été fournie.

Il faut que la somme à constituer soit *res quæ pondere, numero, mensura consistit* (L. 2, pr. C., de *constituta pecunia*, IV, 18). Cela fait que le constitut est un mode de cautionner moins large que la fidéjussion.

1. Sic. M. Ortolan. Explicat. des Inst. de Justinien, vol. 3, § 1386, n. 5 et § 1394; contra : M. Accarias, précis de droit romain, n° 531 *in fine* et note 1, p. 347.

SECTION IV

Objet.

La fidéjussion doit avoir le même objet que l'obligation principale. Cela résulte des termes mêmes de l'interrogation et c'est vrai pour tous les *adpromissores* : *Idem dari spondes ? Idem fidepromittis ? Idem fide tua esse jubes ?* Faisant application de cette règle, Javolenus (L. 42, de *Fidejussoribus*) constate que si le débiteur principal a promis dix, le fidéjusseur ne peut pas s'engager à payer à la place mille mesures de froment ; le contraire serait possible. Il en donne le motif suivant : « *Quia non ut æstimatio rerum, quæ mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce æstimenda est.* » C'est ce que dit Pothier(1) : « Si quelqu'un se rendait caution envers moi pour cent muids de blé en faveur d'une personne qui me doit 2,000 livres, ce cautionnement serait nul (loi 42, de *fidejussoribus*). *Quia in aliam rem, quam quæ credita est, fidejussor obligari non potest quia non ut æstimatio rerum, quæ..... æstimenda est. Contra vice versa*, on peut valablement se rendre caution envers moi pour une somme de 2,000 livres en faveur de celui qui ne doit cent muids de blé, car l'argent étant l'estimation commune de toutes choses, celui qui me doit une quantité

1. Pothier, *Traité des obligations*, § 368.

de cent muids de blé, de valeur de 2,000 livres me doit effectivement et véritablement 2,000 livres ; et par conséquent celui qui s'oblige pour lui envers moi à me payer 2,000 livres, ne s'oblige pas à quelque chose de différent de ce qui m'est dû par mon principal débiteur. » La fin de cette citation est exacte, mais le commencement pourrait être critiqué. Si l'argent a été choisi comme le représentant de toutes les valeurs, c'est parce que ce métal présente plus d'avantages que les autres, il est plus facilement transportable et moins volumineux ; mais cette préférence ne s'imposait pas nécessairement, et il est aussi vrai de dire que cent muids de blé équivalent à 2,000 livres que de soutenir, avec Pothier, que 2,000 livres représentent cent muids de blé.

Marcellus examine une autre hypothèse (L. 38, *pr. de fidejussoribus*). J'ai promis un esclave Stichus ou Pamphile à mon choix, et je fournis un fidéjusseur comme garantie de ma promesse. Ce dernier en s'engageant promet Stichus ou Pamphile à son choix. La fidéjussion est nulle, *quia futurum esset in ejus potestate, alium velle, quam reus voluisset*.

Nous avons dit que l'objet de la fidéjussion devait être le même que celui de l'obligation principale. Cette identité n'est que partielle.

Le fidéjusseur peut promettre moins que le débiteur principal, mais il ne peut pas promettre plus. *Fidejussores et in partem pecuniæ et in partem rei recte accipi possunt*

dit Pomponius (L. 9, *de fidejussoribus*) (1). La loi 8, § 11, *de fidejussoribus* examine l'espèce suivante. Le débiteur s'est engagé à donner Stichus et Pamphile, puis le fidéjusseur a promis Stichus ou Pamphile. Ulpien dit que l'obligation du fidéjusseur sera valable : *quia levior fidejussoris conditio est*. En effet, que doit le débiteur ? les deux esclaves Stichus et Pamphile ? au contraire, comment se libérera le fidéjusseur ? en livrant l'un des deux seulement, sa condition est assurément *levior*.

Une difficulté s'élève à propos de l'usufruit. Le débiteur principal a promis la propriété d'un fonds, le fidéjusseur peut-il garantir l'usufruit de ce fonds ? Cela revient à se demander si l'usufruit n'est pas *pars dominii* mais plutôt *jus, servitus* ou *proprium quiddam*. La question est discutée entre les jurisconsultes, nous les voyons tantôt adopter la première décision, tantôt se rallier à la seconde. La loi 25, pr. *de significatione verborum*, L. 16 admet que l'usufruit n'est pas *pars dominii*, mais une servitude *ut via et iter*. La loi 70, § 2, *de fidejussoribus* est d'un avis opposé et décide que le fidéjusseur peut garantir seulement l'usufruit d'un fonds promis par le débiteur principal. D'après cette loi, l'usufruit ne serait pas un autre droit distinct, mais une portion de la chose principale.

Le fidéjusseur ne peut pas s'engager *in duriorum cau-*

1. Ceci a passé dans notre droit, art. 2013, C. c. Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.

sam, comment cela arrivera-t-il ? De différentes façons : la *durior causa* peut être produite *quantitate, conditione, tempore, loco, modo*.

QUANTITATE. — Le fidéjusseur promet dix, tandis que le débiteur principal ne s'est engagé que pour cinq.

CONDITIONE. — Je stipule du débiteur principal sous cette condition, *si Navis ex Asia venerit et pure* du fidéjusseur. Pour que le débiteur soit tenu, il faut que le navire désigné arrive d'Afrique, s'il périt en route, le *reus* sera libéré et le fidéjusseur au contraire restera obligé. Son obligation est donc *durior*.

Gaius dans la loi 70 pr. *de fidejussoribus* examine l'hypothèse que voici. Il suppose que le fidéjusseur s'est engagé sous deux conditions et le débiteur principal sous une seule. L'obligation accessoire est-elle *durior* ? on serait tenté de répondre que non. Cependant Gaius distingue avec raison comment a été faite l'interrogation. Si le créancier a subordonné l'existence de l'obligation du fidéjusseur à l'arrivée des deux conditions, celui-ci sera tenu ; *nisi enim utraque extiterit non tenebitur, quum reus una conditione teneatur*.

Mais si à l'inverse, le créancier sépare les deux conditions de façon à ce que l'arrivée de l'une d'elles doive faire naître l'obligation de la caution, le jurisconsulte est d'avis que sa position est *durior*. *Quippe sive communis utriusque conditio, extiterit, sive alterutra, videatur adprehendi, quum reum non aliter teneatur, quam si communis extiterit. Aut igitur nullo modo tenebitur fidejussor : aut quod magis*

tenebitur, si prius extiterit communis. Ainsi, dans ce cas même, d'après la fin de ce paragraphe, on ne peut pas dire tout d'abord si le fidéjusseur sera ou non tenu. Il faudra, pour cela, attendre l'arrivée de l'une des conditions. Est-ce celle sous laquelle le débiteur principal s'est obligé qui se réalise la première, la fidéjussion tiendra; dans l'hypothèse inverse il y aurait violation de la règle et nullité.

Tempore. — Le fidéjusseur a contracté *pure* et le débiteur à terme; ou bien encore on a accordé au *reus* un terme plus long qu'au *fidejussor*. Il y a *causa durior*.

Que décider si le débiteur s'engageait à terme et le fidéjusseur sous condition? Dans ce cas encore, on ne saurait dire tout d'abord s'il y a violation de la règle et nullité. La situation de ce dernier demeurera en suspens: *jus ejus in pendente erit*. Si la condition s'accomplit seulement après l'arrivée du terme, il demeurera tenu; si elle se réalise avant ou en même temps, il cessera de l'être (V. L. 16, § 5, D. *eod.*). Il y aurait alors *durior causa*.

Loco. — Il pourra y avoir *durior causa* dans deux hypothèses qui ne présentent aucune difficulté et qu'il suffit d'indiquer :

1° Le débiteur a promis d'effectuer le paiement dans un lieu quelconque et la caution a promis de payer dans un lieu déterminé *certo loco* (L. 16, § 1, D. *eod.*) ;

2° Le débiteur a la faculté de se libérer dans une ville plus proche que celle où le fidéjusseur doit s'acquitter.
« *Sed et si reus Romæ constitutus, Capuæ dari promiserit,*
« *fidejussor Ephesi : perinde non obligabitur fidejussor,*
« *ac si reus sub conditione promississet, fidejussor autem*
« *in diem certam vel pure* » (L. 16, § 2, *eod.*).

Modo. — Le créancier a stipulé du débiteur sous cette

alternative *hominem aut decem*, en lui laissant le choix ; il stipule du fidéjusseur *hominem aut decem* UTRUM VELIM ; c'est-à-dire en se le réservant : *non obligabit eum* dit Ulpien ; *quia durior ejus conditio facta est* (L. 8, § 9, D. *eod*).

Autre hypothèse prévue dans le § 9 de la même loi : le créancier a stipulé Stichus. Il interroge ensuite le fidéjusseur en ces termes : *Stichum aut decem fide tua jubes ?* C'est nul encore, d'après Julien et pour le même motif : « *Quia durior ejus fit conditio, utpote cum futurum sit, ut mortuo Sticho teneatur.* » En d'autres termes, il pourrait arriver, si l'obligation du fidéjusseur était valable, que, Stichus étant mort, il demeurât tenu alors que le *reus* serait libéré, ce qui est inadmissible. Ulpien admet cette raison, mais Marcellus en donne une autre. D'après lui, la nullité tiendrait à ce que l'obligation du fidéjusseur serait autre, aurait un autre objet que celle du débiteur principal. Si cette raison était vraie, il faudrait dire qu'en renversant notre espèce, il y aurait encore nullité, bien qu'alors la caution ne dût être tenue que d'une façon moins rigoureuse. Or, c'est ce qui paraît difficile à admettre, ce qui serait, dans tous les cas, contraire à l'opinion donnée par Paul dans la loi 34 de notre titre.

Nous venons de voir dans quels cas et comment il peut arriver que l'obligation du fidéjusseur soit contractée *in duriolem causam*. Une question très controversée est celle de savoir si cette obligation sera nulle pour le tout, ou simplement réductible à la mesure de l'obligation principale. Il semble cependant que la loi 8, § 7, de notre titre ne puisse laisser aucun doute sérieux à cet égard. Elle s'exprime ainsi : « *Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriolem cau-*

sam adhibiti, placuit eos omnino non obligari. » Mais on prétend ne pas s'arrêter à ce texte. On dit d'abord que ce serait inique, ce qui est possible ; mais cela ne l'est certainement pas davantage que la déchéance infligée au demandeur en cas de *plus petitio* et c'est d'ailleurs parfaitement d'accord avec tout ce que nous savons du formalisme rigoureux du vieux droit romain. Ce n'est donc pas là une raison à laquelle nous puissions nous arrêter. On ajoute que la décision proposée pour la fidéjussion a été formellement donnée par Paul au sujet du pacte de constitut (L. 2, § 1, L. 12, *de pac. const.* XIII, V), et, que d'après les termes mêmes de la loi 8, il est impossible de distinguer sur ce point entre ces deux modes de cautionnement. A quoi nous répondrons que s'il fallait absolument sacrifier quelques textes, il ne serait pas juste que ce fût la loi 8, pour le tort unique qu'elle aurait de contenir une expression un peu trop générale, non plus que les nombreuses lois qui concordent exactement avec celle-là, mais que l'on n'est nullement réduit à cette extrémité. Il n'y a qu'à appliquer les différents textes aux espèces pour lesquelles ils ont été écrits, les uns, comme cette même loi, aux *adpromissiones*, les autres au pacte de constitut. Et qu'y a-t-il d'étonnant que ce dernier soit soumis à des règles moins rigoureuses que l'*adpromissio*? n'est-ce pas justement pour cela, très probablement, qu'il a été introduit par le prêteur? Il nous est donc bien difficile d'admettre la correction que l'on veut faire subir au texte qui nous occupe et la transposition du mot *omnino*, au moyen de laquelle on arrive à mettre la loi d'accord avec le système que l'on voudrait faire prévaloir ; car on prétend lire : *eos non omnino obligari*, au lieu de

eos omnino non obligari. Nous le répétons, ce changement n'est pas suffisamment justifié.

La fin même de la loi, qui ne s'exprime pas autrement, du reste que plusieurs fragments déjà cités suffirait à elle seule à en donner la preuve : « *item accepto reo pure, ipse ex die vel sub conditione accipi potest, enimvero si reus sub conditione sit acceptus, fidejussor pure; non obligabitur.* » Il est vrai qu'en face de ce passage si clair, on distingue; on dit que, dans la première partie, Ulpien entend parler du cas où le fidéjusseur a promis dix alors que le débiteur ne s'est obligé que pour cinq, dans la seconde, de celui où le fidéjusseur a promis *pure* alors que le débiteur ne s'est engagé que conditionnellement. La seconde hypothèse seule ne comporterait pas de réduction et c'est tout ce que le jurisconsulte aurait voulu dire. Cette explication semble encore bien arbitraire et bien forcée. Enfin on argumente d'un texte des Basiliques, dans lequel on a voulu voir, bien à tort, une reproduction du sens attribué à la loi 8, par les partisans de la doctrine adverse. Cette rectification du texte d'Ulpien au moyen des Basiliques serait bien hardie, mais le sens vrai des mots ουδὲλως ονεχεται, dont on se prévaut n'est pas autre, d'après les hellénistes les plus autorisés, que celui de ces mots : *omnino non teneatur*. Nous pensons donc, en résumé, que l'obligation du fidéjusseur contractée *in durriorem causam* était nulle pour le tout et non pas seulement réductible.

Ce que nous avons dit de la fidéjussion est également vrai des autres *adpromissiones*, du pacte de constitut et du *mandatum credendæ pecuniæ*. L'objet de ces contrats ou pactes accessoires devra être le même que celui de l'obligation

principale ; mais la sanction ne sera pas semblable dans tous les cas.

Pour les trois modes d'*adpromissio* il n'y a pas de différence ; quant au pacte de constitut et au mandat, ils ne sont pas nuls, ils ne sont que réductibles. Nous venons de l'indiquer pour le constitut, inutile d'y revenir. Il en est de même du *mandatam pecuniæ credendæ*, je donne mandat de prêter cent à quelqu'un, on ne prête que quatre-vingts, il est clair que je ne suis tenu que jusqu'à concurrence de la somme prêtée, quatre-vingts dans l'espèce. Quand je réponds pour cent, je réponds à plus forte raison pour quatre-vingts.

Il ne suffit pas que l'objet de la fidéjussion soit le même que celui de l'obligation principale, il faut encore qu'il ne dépasse pas un certain taux. Gaius (Com. III, § 124 et 125) nous rapporte que la loi *Cornelia* (1) défendait de recevoir un *adpromissor* pour plus de vingt mille sesterces. Cette loi n'avait pas été portée en faveur des débiteurs, son but était de diminuer leur crédit dans un intérêt d'ordre public. Partout où il y a de forts débiteurs, se trouve un élément de discorde. Pour que cette loi reçoive son application, il faut quatre conditions indiquées par Gaius. L'emprunt doit être de vingt mille sesterces, contracté dans la même année, par le même débiteur, avec le même créancier. La sanction était la nullité de l'acte : *non tamen tenebitur*. La caution qui a garanti un prêt excédant vingt mille sesterces n'est pas obligée.

1. Rendue en l'an de Rome 673.

Que faut-il entendre par argent emprunté? Gaius nous répond : *pecuniam autem creditam dicimus, non solum eam quam credendi causa damus, sed omnem quam tum contrahitur obligatio certum est debitum iri, id est quæ sine ulla conditione deducitur in obligationem*. Ainsi l'argent que l'on promet de payer à terme est de l'argent emprunté. Par le mot *pecunia*, il faut comprendre tout ce qui est dans le commerce comme un esclave, du vin, un fonds de terre.

La loi *Cornelia* comporte quelques exceptions : *veluti si dotis nomine, vel ejus quod ex testamento tibi debeatur aut jussu judicis satis accipiatur*. Il faut ajouter le cas où une caution est fournie pour garantir le paiement de l'impôt du vingtième de l'hérédité. Pourquoi la loi n'est-elle pas applicable dans ces différentes hypothèses? Gaius ne le dit pas, c'est probablement que dans ces quatre espèces, l'emprunt est sérieux et mérite d'être protégé.

On est d'accord pour admettre que les dispositions de la loi *Cornelia* étaient étrangères au pacte de constitut et au mandat.

CHAPITRE II

EFFETS DE LA FIDÉJUSSION.

Le but de la fidéjussion est de fournir un second débiteur au créancier. Ce débiteur n'est tenu que pour un autre, il ne doit pas supporter définitivement le paiement de la dette ; de là un recours contre le débiteur qu'il a voulu cautionner. La fidéjussion va donc produire des effets entre le fidéjusseur et le créancier d'une part, puis entre le fidéjusseur et le débiteur d'autre part.

Ce n'est pas tout : d'autres effets peuvent encore se produire entre les fidéjusseurs d'une même obligation. Il peut y avoir plusieurs cautions, sera-t-il permis au créancier de poursuivre l'une quelconque à son choix ? Celle contre laquelle il aura dirigé ses poursuites supportera-t-elle seule le paiement de l'obligation ? Aura-t-elle un recours contre les autres ? Ce sont là des points intéressants à étudier. Toutefois nous ne les examinerons pas de suite ; nous préférons renvoyer ces questions au chapitre suivant où elles trouveront naturellement leur place sous cette rubrique : BÉNÉFICES ACCORDÉS AU FIDÉJUSSEUR. Pour le moment, ne supposant qu'un seul répondant, nous nous bornerons à passer en revue les droits du créancier contre le

fidéjusseur et le recours que celui-ci peut exercer contre le débiteur principal.

SECTION I

Droits du créancier contre le fidéjusseur.

Le créancier a le droit de poursuivre le fidéjusseur à l'échéance de la dette par l'*actio ex stipulatu*. Que lui réclamera-t-il ? Nous avons vu que le fidéjusseur pouvait promettre moins, mais pas davantage que le débiteur principal. Il ne lui demandera que ce qu'il aura promis.

Une difficulté se présentera quelquefois. Un fidéjusseur a garanti la promesse du débiteur, plus tard l'objet de l'obligation principale augmente, le fidéjusseur devra-t-il supporter cette augmentation ou ne sera-t-il poursuivi que pour ce qu'il aura promis ?

Il faut distinguer. Est-ce la cause première de l'obligation qui rend l'objet plus onéreux ? Le fidéjusseur le devra tout entier. Cette augmentation a-t-elle été produite par un fait postérieur ? Le fidéjusseur ne la subira pas. Ainsi Paul (L. 54, pr. *locati conducti* XIX, 2) décide que la caution aura à payer les intérêts avec le capital. A l'inverse, chaque fois que le surcroît revêtira le caractère de peine, le fidéjusseur ne le subira pas. La loi 73 de *fidejussoribus* prévoit cette espèce.

Quelquefois le fidéjusseur paiera plus que le débiteur principal (L. 19, de *dolo malo* IV, 3). Il faut supposer

pour cela que le fidéjusseur s'est rendu coupable de faits dommageables sur la chose. Ainsi il est condamné pour avoir dégradé l'objet dû. L'effet de cette condamnation ne doit pas rejaillir sur le débiteur.

Nous avons dit que le créancier pouvait poursuivre le fidéjusseur à l'échéance de la dette. Cela n'est pas tout à fait exact et a besoin d'être expliqué.

Il est bien certain que le créancier n'exercera pas de poursuites contre la caution avant qu'il lui soit permis d'agir contre l'engagé principal. Scævola le dit formellement : « *Fidejussor antequam reus debeat conveniri non potest* (L. 57, de *fidejussoribus*). Ce texte était inutile. Si le fidéjusseur avait pu être actionné avant le débiteur, il aurait été tenu *in duriorem causam* et nous avons expliqué dans le chapitre précédent que les Romains ne l'avaient jamais admis.

De ce que le débiteur est susceptible d'être poursuivi, il ne s'en suit pas que le fidéjusseur puisse également l'être de suite, par la raison que sa condition ne sera pas *durior*, mais qu'elle peut être *levior*. Supposons avec Papinien (L. 49, § 2 de *fidejussor*.) qu'un fidéjusseur ait promis de payer à Capoue, ville où se trouve actuellement le débiteur. Il est évident que le créancier devra accorder à ce fidéjusseur le temps nécessaire pour se rendre de Rome à Capoue, quoique dès maintenant des poursuites exercées contre l'engagé principal soient valables.

Ceci nous amène à nous demander où le créancier agira ? Le fidéjusseur ayant promis *idem*, il s'est engagé à payer

au même lieu que le débiteur principal, c'est-à-dire, à l'endroit où le contrat a été passé. Si le débiteur a promis d'acquitter l'obligation, *certo loco*, là également paiera le fidéjusseur, à moins qu'ayant avantage à exécuter sa promesse en un autre lieu, il se soit réservé cette faculté (L. 61 *fidejussoribus*). Dans la loi 61 le texte emploie le mot *mandatorem*, mais sa décision s'étend à toutes les cautions sans exception.

Tout ce que nous venons d'expliquer dans cette section est général et s'applique également à toutes les cautions, aux *adpromissores*, comme à ceux qui contractent par le pacte de constitut ou qui donnent mandat de prêter à un tiers. Le créancier peut leur réclamer ce qu'ils ont promis dans les conditions que nous venons de voir, à propos de la fidéjussion.

SECTION II

Droits du fidéjusseur contre le débiteur principal.

La caution qui a libéré le débiteur peut se retourner contre lui et réclamer ce qu'elle a déboursé. Quelquefois elle exercera son recours même avant d'avoir effectué le paiement. Deux cas sont donc à examiner : le cas où le fidéjusseur agit après le paiement et le cas où il agit avant.

§ 1. — *Recours du fidéjusseur contre le débiteur
après qu'il a payé.*

Le fidéjusseur a un recours contre le débiteur, quand il lui a procuré sa libération et que cela lui a coûté quelque chose. Concluons-en que si le paiement est nul, le recours est impossible, car la libération n'en est pas résultée. La loi 94 § 2 *de solutionibus et liberationibus* XLVI,3 suppose que le fidéjusseur a payé avec des écus qui ne lui appartenaient pas. Elle décide qu'il aura un recours, à la condition que les écus auront été consommés.

Dans le cas contraire, il ne pourrait rien réclamer. Le motif est celui-ci : tant que les deniers existent, le créancier est exposé à la revendication, partant il n'est pas certain de conserver ce qu'il a reçu, la dette n'est donc pas éteinte. Une fois que la consommation a eu lieu, la revendication ne peut plus être intentée, la libération est alors assurée.

Peu importe la façon dont le débiteur a été libéré. Il peut l'avoir été à la suite soit d'un paiement réel, soit d'une donation, soit d'une compensation, soit même par l'effet d'une *litis contestatio*. Nous trouvons une application de cette idée dans la loi 18 *de fidejussoribus*. Julien suppose que le fidéjusseur délègue son propre débiteur au créancier, *pecuniam dare intelligitur*, décide le jurisconsulte et il lui accorde de suite l'*actio mandati*.

Quelquefois la caution libérera l'engagé principal sans

aucun sacrifice de sa part. Dans ce cas aucun recours ne sera exercé, c'est ce qui arrive lorsque le créancier, en considération de la caution, fait remise de la dette à titre gratuit ; mais il faut une remise entièrement gratuite.

Si le créancier voulait récompenser la caution de ses services, nous ne déciderions pas de même. C'est la disposition de la loi 12 *mandati* XVII, 1, et cela est conforme à cette maxime de la loi 26 § 4 *mandati* : « *sciendum est, non plus fidejussorem consequi debere mandati judicio, quam quod solverit* (1). »

Supposons que le fidéjusseur a négligé d'invoquer une exception qui lui eût permis d'échapper à la condamnation. Conservera-t-il néanmoins son recours contre le débiteur ? La loi 29 *pr. mandati* distingue. Ulpien suppose que la numération des écus empruntés n'a pas été faite au débiteur, l'exception *non numeratæ pecuniæ* peut être opposée au créancier. Si le fidéjusseur ignore que la numération n'a pas eu lieu et paie, on n'a rien à lui reprocher. Le faute est au débiteur qui ne l'a pas averti. Mais si le fidéjusseur a pu connaître l'exception et s'il ne l'a pas invoquée, il s'est rendu coupable de négligence et n'aura rien à réclamer au débiteur.

Il peut se faire que le fidéjusseur perde par sa faute le droit qu'il avait de recourir contre le débiteur, quoiqu'il l'ait valablement libéré par un paiement. Cette déchéance se produira quand le fidéjusseur aura négligé d'avertir le

1. Pothier, traité des obligations, § 431.

débiteur de sa libération et que celui-ci, croyant encore devoir, aura payé une seconde fois (L. 29 § 3, *mandati*) (1); à l'inverse si c'est le débiteur principal qui ayant payé le premier, a négligé de prévenir la caution, celle-ci payant une seconde fois aura certainement un recours à exercer, car elle est exempte de faute (L. 29, § 2, *mandati*).

Par quelle action le fidéjusseur exercera-t-il son recours? Tantôt par l'*actio mandati*, tantôt par l'*actio negotiorum gestorum*. Le plus souvent le fidéjusseur agira par l'*actio mandati*, ordinairement plus avantageuse, soit contre le débiteur, soit contre un tiers, suivant qu'il aura reçu de l'un ou de l'autre mandat de se porter caution (Gaius, Com. III, § 127).

S'il est intervenu dans l'intérêt d'autrui, sans aucun mandat, l'*actio negotiorum gestorum contraria* lui sera seule accordée (L. 20, § 1, *Mandati*). Souvent il se fera céder les actions du créancier. C'est ce que nous verrons dans le chapitre suivant. Enfin si en cautionnant la dette, il a fait sa propre affaire, il n'aura droit à aucun recours, car il est le vrai débiteur et c'est bien lui qui doit supporter définitivement la dette. Il faudrait décider de même s'il s'était engagé *animo donandi* (L. 5, *pr. de liberatione legata*, XXXIV, 3 et L. 9, § 3. *De S. C. Macedoniano*, XIV, 6).

1. Le code a reproduit cette déchéance : art. 2031, C. c. La caution qui a payé une première fois n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du paiement par elle fait ; sauf une action en répétition contre le créancier.

Ce qui précède n'offre aucune difficulté et nous ne trouvons chez les jurisconsultes aucune divergence dans la manière de résoudre les différentes espèces que nous venons de passer en revue. Il en est tout autrement quand il s'agit d'une caution qui est intervenue malgré le débiteur principal. Quelques jurisconsultes lui accordent une *actio utilis negotiorum gestorum* ; Pomponius et Paul lui refusent toute espèce de recours (L. 40, *Mandati*). C'est à l'avis de ces derniers que se range Justinien et la loi 24, C. *de negotiis gestis*, II, 19, décide que l'homme qui vous a défendu de se mêler de ses affaires, ne peut être tenu envers vous, si vous contrevenez à sa défense.

Ajoutons qu'il peut encore se faire que le fidejusseur, quoique mandataire, se trouve privé d'actions soit *mandati*, soit toute autre ; c'est ce qui arrivera toutes les fois que le *reus* n'aura pu s'engager envers lui que naturellement. On peut citer comme exemple le cas où l'obligation principale est celle d'un pupille non autorisé (1).

Gaius nous apprend (Com. III, § 127) que le *sponsor* était mieux protégé que le *fidejussor*. Il exerçait son recours par l'*actio depensi* : *Sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum quæ appellatur depensi*. Cette action *quæ in duplum crescit contra inficientem*, était spéciale au *sponsor*.

Le constituant et les *mandatores* exerçaient leur recours comme les fidejusseurs et dans les mêmes conditions.

1. M. Accarias. *Précis de dr. rom.*, p. 368, note 3.

§ 2. — *Recours du fidéjusseur contre le débiteur, avant d'avoir payé la dette.*

En général, la caution a un recours après avoir acquitté la dette, car avant le paiement, elle n'a pas fait de sacrifice, partant elle n'a droit à aucune indemnité. Des cas pourront se présenter où le fidéjusseur ait lieu de craindre pour son patrimoine, alors il aura un recours de suite (1). La loi 10 *mandati* au Code nous signale deux de ces cas. Le débiteur dissipe sa fortune. Le fidéjusseur est exposé à ne plus pouvoir exercer efficacement son recours : « *Ut justam metuendi causam præbeat.* » On lui permet de se faire rembourser à l'avance pour sa sécurité et non dans le but de l'indemniser.

La même loi nous dit qu'il en serait également ainsi, lorsque cela aurait été convenu antérieurement entre les parties. Dans cette seconde hypothèse, ce n'est plus à proprement parler une exception, le débiteur ne fait qu'exécuter sa promesse. La loi 38 § 1, *mandati*, au Digeste,

1. Le Code admet également des exceptions : article 2032, C. c. La caution même avant d'avoir payé peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisée : 1^o lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement ; 2^o lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture ; 3^o lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ; 4^o lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ; 5^o au bout de dix ans lorsque l'obligation principale n'a pas de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps indéterminé.

contient un troisième cas. Le débiteur est un homme négligent, il ne se presse pas de payer, le fidéjusseur ne peut pas toujours rester sous le coup des poursuites du créancier, Marcellus décide qu'il aura le droit d'exiger du débiteur que celui-ci lui procure sa libération. Combien de temps devra s'écouler entre la promesse du fidéjusseur et le jour où il agira pour réclamer sa libération ? Marcellus ne le dit pas d'une façon précise : « *Si diu solutione reus cessabit.* » C'est là une question de fait, laissée à l'appréciation du juge. On peut se demander comment il se fait que le fidéjusseur ait un recours contre le *reus*. Si celui-ci ne désintéresse par le créancier, pourquoi le fidéjusseur ne le fait-il pas ? Il faut supposer que le fidéjusseur n'a pas d'argent, qu'il n'est pas en état de payer actuellement, c'est ce que fait remarquer le texte : « *Si domi pecuniam fidejussor non habebit.* » Nous n'avons rien de particulier à signaler pour les autres modes du cautionnement.

CHAPITRE III

BÉNÉFICES ACCORDÉS AUX FIDÉJUSSEURS.

De ce que les fidéjusseurs d'une même dette avaient promis *idem*, les Romains concluèrent qu'ils étaient tenus de la même façon que le débiteur principal ; d'où le droit pour le créancier de choisir entre tous ceux qu'il recevait celui qu'il préférait poursuivre. Il lui importait de faire ce choix avec prudence. Dès que le créancier avait fait *litis contestatio* avec l'un d'eux, il perdait tous ses droits à l'égard des autres. C'était l'effet ordinaire de la *litis contestatio*. Il devait donc avant d'exercer son action se renseigner avec le plus grand soin et diriger ses poursuites contre le plus solvable.

Cet état de choses changea avec le temps. A différentes époques des adoucissements furent apportés à la situation des fidéjusseurs : trois bénéfices, de division, de discussion et de cession d'actions leur furent successivement accordés. Nous allons étudier séparément ces trois bénéfices et montrer en quoi ils contribuèrent à améliorer la position des fidéjusseurs.

SECTION I

Bénéfice de division.

Ce bénéfice suppose plusieurs fidéjusseurs engagés *pro eodem debitore apud eundem creditorem*. Il apporte une exception à la règle que le créancier a le droit d'attaquer celui qu'il lui plaît. La caution dira au créancier : je ne suis pas le seul qui ait cautionné, donc divisez votre action contre nous tous. Ce bénéfice fut introduit par un rescrit d'Adrien pour les fidéjusseurs. La loi *Furia* l'avait déjà établi en faveur des *sponsores* et des *fidepromissores* (Gaïus, com. III, § 121), mais avec quelques différences.

Le fidéjusseur qui veut profiter de la division de la dette, doit invoquer le bénéfice, elle n'a pas lieu de plein droit ; nous voyons au contraire dans Gaïus (com. IV, § 12), que la loi *Furia de sponsu* donnait la *manus injectio pro judicato adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset*.

En outre la division introduite par Adrien n'est admise qu'entre les fidéjusseurs solvables au moment de la *litis contestatio*, tandis que la loi *Furia* divisait l'obligation entre tous les *sponsores* vivants lors de l'échéance (Gaïus, Com. III, § 121).

Le bénéfice de division accordé par Adrien est donc moins onéreux pour le créancier que le bénéfice apporté

par la loi *Furia*, puisque d'une part il ne le subira pas s'il est invoqué, et que d'autre part, il ne doit diviser son action qu'entre des débiteurs solvables.

Recherchons quelles cautions peuvent réclamer ce bénéfice et à quelles conditions, puis une fois obtenu, quels avantages elles en retirent.

§ 1. — *A qui et contre qui est accordé le bénéfice de division.*

Le bénéfice de division est donné au fidéjusseur contre son cofidéjusseur. Pour être cofidéjusseur, il ne suffit pas d'avoir promis *idem*, il faut encore s'être engagé *pro eodem debitore*.

Nous voyons une application de cette idée dans la loi 72, § 4 de *fidejussoribus*. Un fidéjusseur a garanti le débiteur principal et un second a garanti le premier. Ce premier fidéjusseur ne pourra pas demander au créancier de diviser son action entre lui et l'autre fidéjusseur, ce certificateur de caution, comme nous dirions en droit français. Ulpien nous en fournit la raison. Le fidéjusseur principal tient la place de débiteur par rapport à celui qui l'a garanti ; or, un débiteur ne pourrait pas demander la division entre la caution et lui. Ulpien passe ensuite à une autre hypothèse dont le principe est le même. Il suppose deux fidéjusseurs engagés *pro eodem debitore* ; appelons-les Primus et Secundus. L'un de ces fidéjusseurs Primus, a donné un sous-fidéjusseur ; quand le créancier le pour-

suivra, ce sous-fidéjusseur n'aura pas le droit de demander la division contre Primus, mais il l'invoquera utilement contre Secundus. Le jurisconsulte n'indique pas le motif de cette décision, il est facile à trouver. Si le créancier avait le droit de poursuivre Primus, celui-ci réclamerait la division entre Secundus et lui ; or, son sous-fidéjusseur, celui qui l'a garanti, a promis *idem*, il est tenu de la même façon que lui, il jouit donc du même droit.

Pomponius nous apprend que les héritiers d'un fidéjusseur peuvent invoquer le bénéfice de division, comme l'aurait pu faire leur auteur (l. 27, § 3, de *fidejussoribus*). Tous les successeurs universels auront la même faculté.

La loi 51, § 5, de *fidejussoribus*, suppose qu'un fidéjusseur a commis un crime. Ses biens sont confisqués. Le fisc les prend, il est tenu des dettes jusqu'à concurrence de l'actif. On suppose, en outre, qu'un autre fidéjusseur est poursuivi par le créancier. Il oppose le bénéfice de division, tiendra-t-on compte de celui qui a été condamné ? Le fisc devra-t-il payer sa part ? C'est l'avis de Pomponius.

Il ne faut pas rechercher à quel moment est née l'obligation des fidéjusseurs ; peu importe qu'ils se soient obligés en même temps ou à des époques successives. Ils auront toujours droit au bénéfice de division. On ne doit pas considérer davantage la manière dont ils se sont engagés. Celui-ci peut l'être purement et simplement, celui-là *ad diem* ; ou bien le premier *pure*, le second

sub conditione. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, une condition est essentielle : il faut être solvable (L. 51, § 1 de *fidejussoribus*). Cette solvabilité, avons-nous dit, est appréciée au moment de la *litis contestatio* ; jusque là le créancier ne souffre pas de l'insolvabilité des autres fidéjusseurs ; mais une fois que la *litis contestatio* a eu lieu, la part de chacun est fixée, l'insolvabilité de l'un ne nuit pas aux autres, c'est le créancier qui la supporte (1). Il a donc tout intérêt à se hâter de poursuivre (L. 51, § 4 de *fidejussoribus*).

Si la créance appartenait à un pupille et que par fraude ou par erreur la dette eût été divisée entre des fidéjusseurs insolubles au moment de la *litis contestatio*, on viendrait au secours du pupille par une *restitutio in integrum*. Dans le calcul de la solvabilité du fidéjusseur, on tiendra compte des ressources du sous-fidéjusseur. La loi 27 § 2 de *fidejussoribus* le dit : *etiam vires sequentis fidejussoris ei aggregandæ sunt*. C'est au fidéjusseur à prouver la solvabilité de ceux qui sont engagés avec lui.

Supposons qu'il y ait doute, le fidéjusseur actionné pourra toujours, en donnant caution, demander que les autres soient poursuivis pour leur part à ses risques et périls, à moins toutefois qu'ils ne soient absents. Une au-

1. De même chez nous : art. 2026, § 2, lorsque dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités ; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division.

tre ressource lui serait encore accordée. Nous verrons qu'il pouvait, dans ce cas, payer la dette et obtenir la cession des actions du créancier, ce qui lui permettait de se retourner plus tard contre eux. Ce moyen peut être inefficace. Le fidéjusseur peut ne pas avoir la somme nécessaire pour avancer le paiement intégral et en général, il est toujours dangereux de faire l'avance des deniers.

S'il se trouvait un incapable parmi les fidéjusseurs, le mettrait-on hors de cause, ou les autres supporteraient-ils sa part ? La loi 48 pr. *de fidejussoribus* décide que si un fidéjusseur s'est engagé avec une femme pour garantir un même débiteur, ce fidéjusseur ne pourrait pas invoquer le bénéfice de division. On considérerait l'engagement de la femme comme n'ayant pas eu lieu et l'action serait donnée *in solidum* contre lui. La raison est que la femme ne peut pas *intercedere*, d'après le sénatus-consulte Velléien et que le fidéjusseur devait connaître cette prohibition. C'était à lui de se renseigner.

L'incapable peut être un mineur. Cette hypothèse se trouve examinée par Papinien dans la loi 48 § 1 *de fidejussoribus*. Il décide ceci : « *Sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum ætatis ac restitutionis. Quod si dolo creditoris inductus minor sit, ut fidejubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus cofidejussorem, quam si facta novatione, circumvento minore, desideraret in veterem debitorem utilem actionem sibi dari.* »

Cette loi a donné lieu à un grand nombre de controver-

sés de la part des interprètes. Pour les uns (1), le texte doit être corrigé, il faut remplacer ces mots : *si postea minor* par ceux-ci : *si post minorem*. La pensée de Papinien serait que le majeur est tenu *in solidum*, quand il est intervenu après le mineur pour garantir le créancier contre l'éventualité d'une *in integrum restitutio*. Le but de la fidéjussion serait indiqué par ces mots : *propter incertum ætatis ac restitutionis*. Ce système ne doit pas être admis. Pourquoi corriger le texte ? Rien ne nous y autorise. En outre, Papinien sépare la loi précédente de celle-ci par le membre de la phrase : *huic similis et illa quæstio videri potest*. Si on admet la correction proposée, on ne voit plus de rapport entre les deux textes. Cette raison doit suffire pour la prohiber.

Pour d'autres interprètes (2) Papinien aurait prévu deux cas et aurait donné une solution différente pour chacun d'eux. Il supposerait tout d'abord que le mineur est intervenu postérieurement à la fidéjussion promise par le majeur. Celui-ci supporterait alors toute la charge de la dette. Ensuite le jurisconsulte examinerait l'hypothèse où les deux fidéjusseurs se sont engagés en même temps. Le majeur aurait droit au bénéfice de division *propter incertum ætatis ac restitutionis* qu'il faut traduire ainsi : parce que le majeur ne connaissait pas l'âge de son cofidéjusseur et la possibilité d'une *in integrum restitutio* en sa faveur.

Cette explication à laquelle on ne saurait en tous cas

1. Favre. *Conject.* livre VIII, ch. 1.

2. Cujas. *Comment. in lib. quæst.* Papin. t. IV. C. 268 et suiv.

refuser le mérite d'être fort ingénieuse, nous paraît cependant devoir être rejetée. Papinien viserait deux cas, il en sous-entendrait un, le résolverait tacitement et se préoccuperait de justifier sa décision. Cela est peu probable et ne doit pas être admis. Il nous paraît bien plus naturel de ne pas chercher dans le texte les éléments d'une double hypothèse. Suivant nous, le jurisconsulte n'en prévoit qu'une, mais à l'inverse de Favre, nous croyons que le cas qu'il examine est celui où il a y eu nécessairement deux fidéjussions, dont la première émanait d'un majeur. Cela admis, on comprend très bien le motif donné par Papinien. Il refuse au fidéjusseur majeur le bénéfice de division, parce que l'obligation nouvelle qui est venues s'ajouter à la sienne n'est qu'une obligation incertaine et précaire, par suite de l'âge de celui qui a contracté et de la possibilité d'une *restitutio in integrum* (1). Ainsi Papinien ne donne, suivant nous, de solution que dans l'une des hypothèses qui peuvent se présenter. Que déciderons-nous au cas de fidéjussions simultanées ? Il faut distinguer : le fidéjusseur a-t-il connu la minorité de son cofidéjusseur, nous pensons que le bénéfice de division doit lui être refusé, de même que dans tous les cas où il devait prévoir l'éventualité possible d'une insolvabilité, de même il devait s'attendre dans ce cas particulier, à une *restitutio in integrum*. Au contraire, le fidéjusseur a-t-il ignoré l'âge de son cofidéjusseur ? Nous lui accordons le bénéfice de division, car il y a ici une

1. M. Machelard. *Oblig. nat.*, p. 246.

erreur de fait et non pas, comme dans le cas où l'incapable est une femme, une erreur de droit assez grossière pour ne mériter aucune protection.

§ 2. — *A quelles conditions est accordé le bénéfice de division ?*

Un fidéjusseur actionné pour le tout doit demander la division avant la *litis contestatio* ; car sa demande doit influencer sur la rédaction de la formule. Nous savons que le magistrat a pour mission de déterminer le litige et de nommer le juge. Deux situations peuvent se produire : ou bien les parties, créancier et fidéjusseur, en comparaisant devant lui sont d'accord sur le nombre et la solvabilité des autres fidéjusseurs, ou bien le créancier soutient que les cautions sont insolvables ou qu'elles sont moins nombreuses que ne le prétend le fidéjusseur. Dans le premier cas le magistrat délivre une formule par laquelle il autorise le juge à condamner le défendeur, mais seulement pour partie : il fait lui-même la division. Toutefois cela n'empêche pas le fidéjusseur de prouver plus tard devant le juge qu'il ne doit subir aucune condamnation, ainsi la dette est éteinte. Dans l'autre cas, la prétention du créancier sera renvoyée au juge pour être examinée par lui, comme la question principale. Le prêteur donnera une action pour le tout, mais il aura soin d'indiquer au juge, que s'il constate, qu'au moment de la *litis contestatio*, il y avait des fidéjusseurs solvables, il devra opérer la division entre eux et le

défendeur. Cette réserve sera faite au moyen d'une exception *in factum* insérée par le préteur dans la formule. Elle est conçue en ces termes : « *Si non et illi solvendo sint.* »

Le bénéfice d'Adrien doit donc être invoqué *in jure* sous forme d'exception. Certains auteurs dans l'ancien droit soutenaient qu'on pouvait s'en prévaloir même devant le *judex* (1). La loi 10 § 1, C. *de fidejussoribus* semble donner raison à cette doctrine : *ut autem is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt : ante condemnationem ex ordine postulari solet.* La difficulté porte sur cette expression : *ante condemnationem*. Si on traduit par : avant que le juge ait condamné le défendeur, ce système est exact. Mais nous ne croyons pas que ce soit le sens véritable de ces mots. S'il en était ainsi, on se trouverait en contradiction avec les textes d'après lesquels on apprécie la solvabilité des fidejusseurs au moment de la *litis contestatio*. En outre, nulle exception n'est invoquée pour la première fois devant le *judex*, pourquoi en serait-il autrement dans l'espèce ? Nous préférons traduire ces mots *ante condemnationem* par ceux-ci : avant la condamnation insérée dans la formule, c'est-à-dire que le préteur, en rédigeant la formule, placera l'exception : *si non et illi solvendo sint* entre ces deux parties qu'on appelle, l'une l'*intentio*, et l'autre la *condemnatio* (2).

1. Donneau, sur la loi 10 § 1, C. *de fidejussoribus*, n° 9 et 4. — *Vinnius, quæstiones selectæ*, 2, 40, Pothier, n° 426.

2. Sic M. Accarias, précis de dr. Rom., p. 362, note 1.

Remarquons que la division, une fois opérée dans l'intérêt d'un fidéjusseur, la dette ne sera pas nécessairement répartie dans la même proportion entre les autres. Si ceux-ci veulent également profiter du bénéfice de division, ils l'invoqueront chacun séparément, lorsqu'ils seront poursuivis par le créancier.

§ 3. — *Effets produits par le bénéfice de division.*

Le principal effet du bénéfice de division est de permettre aux fidéjusseurs de diviser la dette en autant de portions qu'il y a de cautions solvables, au moment de la *litis contestatio*. Chaque caution n'aura à supporter que sa part virile. Quelle sera cette part virile ? Doit-on tenir compte des paiements que le fidéjusseur a pu avoir effectués antérieurement, ou la calculera-t-on d'après ce qui reste dû ? Papinien décide (L. 51, § 1, *de fidejussoribus*), que la seconde opinion est la vraie ; cependant il ajoute qu'il est plus humain de lui tenir compte de ce qu'il a déjà payé.

Si l'un des fidéjusseurs meurt sans héritier ou devient insolvable, sa part se répartira entre les autres. Ceci est conforme à la loi 26 *de fidejussoribus*. C'est en vertu de ce principe que la division ne doit se faire qu'entre les cautions solvables au moment de la *litis contestatio*.

Supposons qu'un fidéjusseur par erreur ait payé le tout ; aura-t-il la *condictio indebiti* ? Il faut répondre que non, car il n'y a pas eu positivement paiement de l'indû ; en réalité, il a payé ce qu'il devait.

Nous avons à signaler une exception à ce qui précède. Les fidéjusseurs d'un tuteur poursuivi par son pupille ne jouissent pas des avantages que nous venons de signaler. C'est Papinien qui nous l'apprend dans la loi 12, *rem pupilli*, XLVI, 6. La raison en est que l'impubère n'a pas choisi lui-même son tuteur, *incidit in tutorem*, dit le jurisconsulte. On doit le protéger d'une façon spéciale, et ce serait lui faire tort que de le contraindre à intenter autant d'actions que son tuteur lui a fourni de répondants.

Au commencement de cette section, nous avons comparé les actions accordées par la loi *Furia* aux *sponsores* et aux *fidepromissores* avec le bénéfice de division, tel qu'il a été établi par Adrien; nous n'avons pas à y revenir. Remarquons cependant que ce bénéfice ne fut pas spécial aux *adpromissores*. Il fut également accordé à ceux qui s'engageaient par pacte de constitut et par *mandatum pecuniæ credendæ*, mais à des époques différentes. Les *mandatores* l'obtinrent avant les constituants (l. 3, C. *de constituta pecunia*, IV, 18).

SECTION II

Bénéfice d'ordre ou de discussion.

Ce bénéfice donne au fidéjusseur le droit d'exiger que le créancier dirige d'abord ses poursuites contre le débiteur. Si l'exécution du jugement aboutit à prouver son insuffisance, il pourra alors se retourner contre le fidéjusseur.

Ce bénéfice ne supprime pas cette règle que le créancier peut choisir entre le débiteur et la caution. Le choix lui appartient toujours en principe, mais le plus souvent il sera rendu impossible.

Le bénéfice de discussion a été introduit par l'empereur Justinien en l'année 535 dans la nouvelle 4 cap. I. L'empereur nous dit cependant qu'en concédant aux fidéjusseurs et aux autres cautions, ce qu'on a appelé le bénéfice d'ordre ou de discussion, il ne fait que revenir au principe d'une *antiqua lex* tombée en désuétude. C'est là une allusion à un avantage accordé aux fidéjusseurs du fisc (L. 4, C. *Quand. fisc. vel priv.* IV, 15). Les autres cautions étaient soumises au droit commun et par suite exposées aux premières poursuites du créancier, mais par un détour elles parvenaient à les retarder. Les romains avaient pour cela trois moyens à leur disposition.

Le premier nous est indiqué par la loi 63 de *fidejussoribus*. Le débiteur donnait un gage et un fidéjusseur comme sûretés de sa dette. Le créancier devait commencer par se payer sur le gage, puis s'il n'était pas totalement indemnisé, il réclamait le surplus au fidéjusseur. Ce moyen ne pouvait pas être toujours employé. Il fallait supposer pour cela que le débiteur avait de quoi fournir un gage. Le second moyen était à la portée de tous, mais il exigeait que le créancier voulût bien s'y prêter. On l'appelait la *fidejussio indemnitis*. Une modification était apportée à la formule de l'interrogation. Le créancier posait la question suivante au fidéjusseur, lors de son engagement : *Quanto*

minus a Titio consecutus fuero, tantum dare spondes (L. 150 *de verborum significatione*, L. 16). Interrogé ainsi, le fidéjusseur ne s'obligeait plus de la même façon. Il ne promettait plus *idem*, mais simplement de rendre le créancier indemne. Partant il ne devait que ce que ne payait pas le débiteur.

Le fidéjusseur pouvait alors, suivant l'opinion qui prévalut, exiger la discussion de tous les biens du débiteur (1). Pour profiter de cet avantage, il fallait avoir eu soin de modifier la formule. Si la caution n'y avait pas pensé ou si le créancier s'y était refusé, il lui était impossible de s'en servir. Une dernière ressource lui restait, c'était, avant les premières poursuites, de donner mandat au créancier d'attaquer le débiteur principal. Le créancier y gagnait, puisque désormais il ne craignait plus d'épuiser ses actions par une *litis contestatio* faite avec le débiteur principal. Celui-ci payait-il ? Le créancier n'avait plus rien à réclamer. N'obtenait-il rien de son débiteur ? Il se retournait contre le fidéjusseur par l'*actio mandati contraria*.

Du temps de Justinien ces détours n'était plus nécessaires, le créancier ne perdait plus son action par l'effet de la *litis contestatio* ; mais, comme il avait toujours le droit de poursuivre la caution avant le débiteur, il en résultait que le fidéjusseur se trouvait souvent exposé à être actionné le premier, surtout quand la solvabilité du débiteur était douteuse. Ce fut pour apporter un remède à cet état de

1. M. Accarias, p. 363, *loc. cit.*

choses que Justinien a accordé aux cautions le bénéfice d'ordre ou de discussion. L'empereur soumit ces bénéfices à plusieurs conditions que nous allons étudier dans un dernier paragraphe, nous verrons ensuite comment se fait cette discussion et quel ordre doit être suivi par le créancier.

§ 1. — *A quelles conditions est invoqué le bénéfice de discussion.*

Bien que la novelle ne le dise pas formellement, on admet que le fidejusseur doit invoquer le bénéfice *in limine litis*.

C'était dans la nature des choses. Il s'agit, en effet, d'une véritable exception dilatoire, mais non d'une défense au fonds. Justinien exige la présence du débiteur principal pour que la discussion soit possible. Lui absent, le fidejusseur devra s'engager à le faire comparaître dans un délai fixé par le juge et faute de procurer cette comparution, il sera tenu de répondre lui-même à l'action. C'était rigoureux, sans doute, mais le droit romain n'admettait pas, du moins en général, de poursuites ni de *venditio bonorum* contre l'absent *indefensus* (1).

De la novelle 136 pr. et § 1, il résulte qu'une situation

1. V. Keller. *De la procédure civile et des actions chez les Romains*. Traduction de Ch. Capmas, p. 404 et 405.

spéciale avait été faite aux *argentarii* en matière de fidéjussion ou plus généralement de cautionnement. Alors que chacun semblait pouvoir invoquer contre eux le bénéfice de discussion, ils ne pouvaient s'en prévaloir eux-mêmes, quand, au lieu de recevoir des garants, ils se portaient fidéjusseurs à leur tour.

Cette inégalité un peu choquante fit, de leur part, l'objet de réclamations dont Justinien nous donne le résumé dans la *prefatio* à la novelle 136.

Justinien maintient le droit des fidéjusseurs qui n'était pas, à ce qu'il paraît, sans avoir soulevé quelques doutes, mais il décide que les *argentarii*, de leur côté, pourront valablement stipuler que l'exception de discussion ne leur sera point opposable. Était-ce une faveur spéciale accordée à ceux-ci ou faut-il décider qu'une renonciation semblable pouvait être valablement faite au profit de tout autre créancier ? La question est délicate, car il y a une sorte de contradiction dans les termes mêmes de la novelle, Justinien visant d'une façon particulière les *argentarii* et, d'autre part, invoquant un motif d'un caractère absolument général et applicable à tous : « *Propterea quod unicuique integrum est his, quæ ipsi a lege data et concessa sunt, renuntiare.* » Il nous semble cependant que c'est dans le sens de la généralité du principe qu'il est plus sûr de décider.

§ 2. — *Comment se fait la discussion.*

Le chapitre II de la nouvelle règle l'ordre à suivre entre les actions personnelles et les actions réelles ou hypothécaires. Une dette est garantie à la fois par une fidéjussion et une hypothèque grevant des biens qui sont entre les mains d'un tiers détenteur. Justinien décide, en tenant compte de la distinction établie dans le chapitre I de la nouvelle 4, entre les cas d'absence et de présence, que le créancier devra avant d'intenter l'action réelle contre ce dernier, agir contre les fidéjusseurs par l'action personnelle, et si par cette action il n'obtient pas le résultat désiré, il poursuivra d'abord les biens hypothéqués par le débiteur et possédés par un tiers détenteur, venant comme dernière ressource sur les biens hypothéqués par le fidéjusseur. Ainsi dans l'espèce, l'empereur préfère l'action personnelle à l'action réelle et parmi les actions réelles, celle qui porte sur les biens du débiteur principal, le créancier peut à son gré intenter l'action réelle ou l'action personnelle, voire même les deux à la fois.

L'ordre de poursuite établi dans ce chapitre doit être suivi, non seulement quand on a promis de l'argent, mais aussi pour toute espèce de cautionnement. C'est pour cette raison que si quelqu'un en achetant une chose, reçoit un garant de la vente et que plus tard une des clauses du contrat reste inexécutée, l'acheteur s'adressera au vendeur,

en second lieu au garant ou certificateur, et enfin au détenteur des objets appartenant au vendeur.

Avant de terminer l'étude du bénéfice de discussion, il est bon de faire remarquer que ce bénéfice ne s'appliquait pas aux *sponsores* ni aux *fidepromissores*. Ces deux classes d'*adpromissores* n'existaient plus sous Justinien ; nous avons déjà dit qu'ils avaient disparu pour faire place à la *fidejussio*.

La novelle 4 mentionne les *mandatores* comme étant admis à faire discuter leur créancier ; mais elle ne parle pas des constituants. Il ne faut voir là qu'une lacune, explicable du reste, si l'on se souvient qu'à cette époque, ce pacte n'était encore que peu en usage. L'innovation de Justinien était générale et s'appliquait également au constitut.

SECTION III

Bénéfice de cession d'action.

Le bénéfice de discussion avait pour but d'empêcher le fidéjusseur de faire l'avance, celui de division de la faire totalement, le bénéfice de cession d'actions a pour objet d'assurer le remboursement de la somme déboursée. Il est aussi juste que les deux premiers. Ceux-là diminuent un peu le droit du créancier, celui-ci ne lui impose aucune gêne. Le créancier est payé, il n'a plus besoin de ses actions, quoi de plus naturel que de les céder à la caution ?

Elle s'en servira pour réclamer au débiteur le remboursement de ses déboursés.

A quel moment fut introduit ce bénéfice ? on l'ignore ; toutefois deux points sont certains. Il existait avant Adrien, nous en avons une preuve dans la loi 17 *de fidejussoribus*, et il était postérieur à la procédure des *legis actiones*, puisque sous ce système, on ne pouvait plaider qu'en son nom. Le créancier donne mandat au fidéjusseur de poursuivre le débiteur et il ne lui demande pas compte de l'exécution de son mandat. C'est une *procuratio in rem suam*.

Voyons à quelles conditions le fidéjusseur peut exiger la cession, dans quelles formes elle est faite, et les avantages qu'elle procure.

§ 1. — Conditions pour obtenir la cession d'actions.

Le fidéjusseur qui veut profiter des actions du créancier doit les lui réclamer lors du paiement de la dette. Cela ressort des expressions employées par la loi 11 *de fidejussoribus* au Code. Cette loi se sert du mot *desiderare*. Le créancier n'a aucun intérêt à céder ses actions. Si cette cession ne le gêne pas, elle ne lui profite pas davantage, par conséquent si on ne lui réclame pas il ne la fera pas (1).

La caution, avons-nous dit, la réclamera lors du paie-

1. Aujourd'hui elle a lieu de plein droit. Art. 2029 C. c. La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.

ment. Ce paiement doit être intégral (L. 17, D. de *Fidejussoribus*). Si le fidéjusseur ne désintéresse pas complètement le créancier, il ne peut pas le forcer à lui abandonner ses actions. Il les conservera pour obtenir le restant de ce qui lui est dû. Il suit de là que le bénéfice de cession d'actions ne se cumulera jamais avec le bénéfice de division, puisque ce dernier suppose que le fidéjusseur n'a pas encore payé. C'est donc à lui à s'informer et à choisir ce qui est préférable, soit de payer et de se faire subroger aux droits du créancier contre ses cofidéjussieurs, soit de réclamer la division de la dette entre toutes les cautions. Il adoptera le premier moyen quand ceux contre lesquels il aura à recourir, la dette payée, seront solvables et le second dans les cas contraires. Il ne paiera ainsi qu'une portion et sera au moins certain de ne pas perdre plus que sa part. S'il y a des hypothèques ou des gages suffisants pour le désintéresser, le fidéjusseur n'hésitera pas à demander la cession, il sera remboursé par ces gages et ces hypothèques, tandis qu'en divisant il pourrait perdre sa part en recourant contre le débiteur que nous supposons insolvable. Il ne suffit pas toujours au fidéjusseur de payer la dette, quelquefois il devra davantage. Nous en trouvons un exemple dans la loi 2 de *Fidejussoribus* au Code. Cette loi suppose que le créancier a reçu une hypothèque ou un gage et un fidéjusseur pour garantir la même dette. Le texte nous apprend que le créancier a le choix entre poursuivre le fidéjusseur ou se faire payer d'abord avec le gage. S'il poursuit le fidéjusseur, il lui cédera son action hypo-

thécaire, mais il peut arriver que ce gage ou cette hypothèque aient été donnés comme sûretés de deux dettes ; celle pour laquelle est tenu le fidéjusseur et une seconde à laquelle il est étranger. La loi décide que dans ce cas le créancier n'est pas forcé d'abandonner son gage et son hypothèque au fidéjusseur, à moins que celui-ci n'accepte de payer les deux dettes. Le fidéjusseur aura alors un calcul à faire. Comme précédemment, il estimera la valeur des sûretés réelles et la solvabilité de ceux contre lesquels il aura son recours.

§ 2. — *Formes dans lesquelles est faite la cession d'actions.*

Le fidéjusseur actionné ne conteste ni sa dette, ni sa qualité de répondant. Il se déclare prêt à donner satisfaction au créancier, mais il lui demande de lui céder toutes ses actions contre le débiteur principal, contre les autres fidéjusseurs ou contre les détenteurs des objets hypothéqués pour garantie de la dette. Cette cession est invoquée avant le paiement, car s'il ne la demandait que postérieurement, le créancier n'aurait plus rien à lui céder : toutes ses actions seraient éteintes. Il la réclame même avant la *litis contestatio*, puisque c'est précisément la *litis contestatio* qui opère cette extinction. *Tollitur obligatio litis contestatione*, dit Gaius, Com. III, § 180.

Nous avons dit que le fidéjusseur n'obtiendra cette cession qu'à la condition de payer la dette. S'il paie, il étein-

dra les droits qu'on lui aura cédés et alors quel résultat utile l'opération aura-t-elle pour lui ? Il y avait là une difficulté, les jurisconsultes la tournèrent à l'aide d'une fiction. Le fidéjusseur offrira au créancier non pas d'acquitter la dette, mais de lui acheter ses droits pour un prix égal à la somme due. Tel est le mécanisme que nous indique Julien dans la loi 17 de *fidejussoribus* : « *Fidejussoribus succurri solet ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina* », et Paul nous l'explique d'une manière plus précise et plus circonstanciée quand il nous dit : « *Cum is qui rerum et fidejussores habens ab uno ex fidejussoribus, accepta pecunia, præstat actiones, poterit quidem dici nullas jam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberari sunt. Sed non ita est : non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit* » (L. 36, de *fidejussoribus*).

Comment donc les choses vont-elles se passer ? Supposons que le créancier a poursuivi le fidéjusseur, les parties sont *in jure*, le fidéjusseur consent à payer, mais il met pour condition que le créancier lui fera la cession de ses droits. Si celui-ci accepte, aucune difficulté ne se produira, il le constituera *procurator in rem suam* ; mais il peut refuser, alors généralement il y aura de la mauvaise volonté de sa part. Dans ce cas le magistrat refusera l'action au créancier ; s'il doute de sa bonne foi, il la lui accordera, mais après y avoir inséré une exception de dol. Cette exception aura pour effet, si le juge la trouve exacte, d'entraîner l'absolution du défendeur. On comprend que le créancier

accordera ce qu'on lui demandera plutôt que de voir cet effet se produire.

La résistance du créancier aura quelquefois des causes sérieuses. Ainsi il ne s'entend peut-être pas avec le fidéjusseur sur le montant de la dette. La question se débattra devant le juge, mais comme il était exempt de dol en refusant ses actions, le fidéjusseur ne sera pas libéré.

Une difficulté nouvelle se présente. On conçoit que le créancier cède ses droits de gage et d'hypothèque ; ils n'ont pas été déduits *in judicium*. Il n'en est pas de même de ses actions personnelles, la *litis contestatio* a dû les avoir éteintes et il semble qu'il est trop tard. La pratique romaine a dû encore trouver là un moyen de parer à cette autre difficulté. Le savant professeur M. Accarias (1) pense que le créancier faisait une cession conditionnelle avant la délivrance de la formule, la condition consistant dans le paiement intégral des droits du demandeur, tels qu'ils seraient liquidés par le juge.

§ 3. — *Avantages pour le fidéjusseur à obtenir la cession des actions du créancier.*

Le créancier cède ses actions telles qu'il les a, il ne répond nullement de leur efficacité. S'il a poursuivi le fidéjusseur trop tard, s'il a attendu avant d'agir contre lui que

1. N° 565, *op. cit.*

le débiteur soit devenu complètement insolvable, il cédera quand même ses actions au fidéjusseur si celui-ci lui en fait la demande, mais cette cession ne lui sera pas d'une bien grande utilité. Le créancier n'est même pas tenu de conserver ses actions (1). Il ne cède que celles qui lui restent. La loi 25 *de fidejussoribus* du Code le décide ainsi. Cette loi suppose que le créancier s'est fait remettre un gage de la part du débiteur principal, en même temps qu'il exigeait un fidéjusseur comme double garantie de la dette ; puis le débiteur vend le gage. Le créancier attend, avant de réclamer au fidéjusseur le paiement de la dette ; il laisse écouler un temps considérable, de sorte que la *prescriptio longi temporis* s'est accomplie quand il le poursuit. On peut dire qu'il y a faute de la part du créancier, il n'aurait pas dû laisser passer ce temps ; pourquoi n'a-t-il pas agi de suite ? Le fidéjusseur aurait exercé l'action hypothécaire en temps utile contre l'acquéreur du gage. On ne lui aurait pas opposé la prescription. Néanmoins la loi 25 décide que le créancier peut encore lui réclamer le paiement. Y a-t-il contradiction entre cette loi 25 et la loi 18 *de fidejussoribus* ? Il faut répondre que non. L'espèce n'est pas la même. La loi 18 suppose que le créancier a vendu le fonds au-dessous de sa valeur et elle décide qu'il ne pourra pas réclamer le surplus au fidéjusseur. Ce n'est pas l'hy-

1. Il en est différemment dans notre droit : Art. 2037. CC. La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.

pothèse prévue par la loi 25. Cette loi se place dans le cas où le gage a été aliéné à son juste prix. D'après elle, si le créancier n'est pas complètement désintéressé, c'est que le débiteur lui a remis un gage dont la valeur était inférieure au montant de la dette.

Supposons maintenant que le créancier cède ses actions en temps utile, alors qu'elles existent encore toutes, quel profit le fidéjusseur va-t-il en retirer? Nous savons que le fidéjusseur a une action contre le débiteur principal pour réclamer ses déboursés. Un premier avantage pour lui est qu'il lui sera possible de lui substituer celle que le créancier lui aura cédée. Pour cela il faut supposer que l'action du créancier était préférable, ainsi elle était garantie par des privilèges, le fidéjusseur profitera de ces privilèges; ou elle croissait au double *contra inficientem*, désormais le débiteur sera tenu d'une façon plus rigoureuse.

La caution peut se prévaloir des gages et hypothèques qui appartenaient au créancier, non-seulement à l'égard des créanciers du débiteur, mais même contre les tiers détenteurs. C'est ce que dit la loi 14 *de fidejussoribus* au Code. Le texte parle de l'*actio mandati*. C'est celle donnée à la caution pour se faire indemniser par le débiteur de ce qu'elle a payé. Depuis la novelle 4 cet avantage a disparu. Dans le chapitre II, Justinien permet au tiers détenteur de forcer le créancier à discuter préalablement ceux qui étaient tenus personnellement au paiement de la dette. Il y a donc lieu de penser que le fidéjusseur ne pourra plus recourir contre ce tiers détenteur, autrement le bénéfice que

ui aurait accordé Justinien ne servirait qu'à créer une procédure inutile.

Si nous supposons que le fidéjusseur est engagé avec d'autres, la cession d'actions lui procurera un second avantage. Elle lui donnera un recours que, sans elle, il n'aurait eu à aucun titre. La loi 39 *de fidejussoribus* au Digeste, prévoit ce cas. Deux fidéjusseurs se sont engagés à garantir la même dette. Le créancier réclame le paiement à l'un d'eux et il ne lui cède pas ses droits contre l'autre. Modestin décide que cet autre fidéjusseur ne sera pas poursuivi : *alter nec creditore, nec a confidejussore conveniatur*. C'est donc que, dans le cas contraire, si la cession avait eu lieu, il aurait supporté la moitié de la dette.

Un débiteur a pu avoir donné quatre cautions à son créancier, la dette était de vingt, l'un des fidéjusseurs a payé le tout. Que va-t-il réclamer aux autres ? Cinq, la portion de chacun ou le restant, sa part déduite, c'est-à-dire quinze à l'un quelconque ? Les textes sont muets. Nous croyons qu'il faut décider que le fidéjusseur a les mêmes droits que le créancier et que, par conséquent, il pourra agir pour quinze contre celui qu'il choisira. Celui-ci, il est vrai, lui opposera le bénéfice de division, alors il ne lui demandera plus que cinq, mais s'il l'oublie ou se refuse à l'invoquer il payera les quinze à son cofidéjusseur, comme il les aurait payés au créancier.

Les *sponsores* et les *fidepromissores* n'avaient pas besoin du bénéfice de cession d'actions. Gaius nous apprend com. III, § 122) que la loi *Apuleia* avait établi une so-

ciété entre les différents *sponsores* et *fidepromissores* de la même dette et que celui qui avait payé plus que sa part pouvait recourir contre les autres pour le surplus : « *Præterea inter sponsores et fidepromissores, lex Apuleia quamdam societatem introduxit ; nam, si quis horum plus sua portione solverit de eo quod amplius dederit adversus cæteros actionem habet.* » Il suit de là qu'une cession faite par le créancier aurait été inutile, puisque chacun avait un droit propre contre les autres. Nous n'avons pas trouvé de textes accordant ce bénéfice à ceux qui promettent par constitut, mais il n'y a pas de raison pour ne pas l'admettre, d'autant plus que l'obligation des constituants était prétorienne et par conséquent moins rigoureuse.

Quant aux *mandatores*, nous devons faire remarquer qu'à la différence de ce qui se passait pour le fidéjusseur, le créancier était obligé de conserver ses actions pour les céder ; s'il les perdait le *mandator* était libéré (1) (L. 95, § 11, *de solutionibus* XLVI, 3).

Une seconde différence est à signaler. Le fidéjusseur, avons-nous dit, doit réclamer la cession avant la *litis contestatio*. Il n'en est pas de même du *mandator*. Il peut la demander même après avoir payé. La raison en est que les causes des obligations du *mandator* et du *reus principalis* ne sont pas semblables. Le *mandator* doit en vertu de son mandat, or il s'est libéré ; le *reus principalis*, au con-

1. Nous avons dit plus haut qu'il en était ainsi chez nous. V. l'art. 2037. C. C.

traire, doit parce qu'il a emprunté, et n'ayant pas restitué, il reste tenu. C'est ce qui explique pourquoi le créancier peut céder au *mandator* ses droits contre lui, le paiement fait par le mandant ne les a pas éteints.

CHAPITRE IV.

EXTINCTION DE LA FIDÉJUSSION.

L'obligation du fidéjusseur est une obligation accessoire par rapport à celle du *reus* ; or, il est de l'essence de l'accessoire de ne pouvoir exister sans le principal. Lors donc que l'obligation du débiteur viendra à disparaître, celle du fidéjusseur disparaîtra également. Mais cela ne suffit pas. La fidéjussion a aussi des causes d'extinction qui lui sont propres ; nous allons les passer en revue.

Il y a un grand intérêt à distinguer, si une obligation s'éteint *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Dans le premier cas, l'extinction profite à tout le monde, l'obligation cesse d'exister, personne ne peut plus l'invoquer, au contraire, quand son anéantissement n'a lieu que *per exceptionem*, elle n'est pas à vrai dire disparue, elle n'est que paralysée ; aussi par un simple pacte peut-on la faire revivre. Ainsi les modes d'extinction des obligations n'agissent pas toujours de la même façon ni avec la même efficacité. Tenant compte de ces principes de droit, nous diviserons ce chapitre en deux sections. Dans la première, nous étudierons les modes qui opèrent *ipso jure* et dans la seconde, ceux qui anéantissent l'obligation *per exceptionem*.

SECTION I

Modes d'extinction opérant ipso jure.

PAIEMENT. — Que ce soit le débiteur ou la caution qui l'effectue, le paiement éteint toujours l'obligation d'une façon absolue (Gaius, com. III), § 168). Toutefois il n'est pas sans intérêt de connaître qui a désintéressé le créancier. Si le paiement a été fait par le débiteur, tout est éteint, rien ne subsiste de la dette ; si au contraire l'obligation a été acquittée par le fidéjusseur, nous savons que le fidéjusseur a un recours contre le *reus* et que pour assurer l'efficacité de ce recours, il a pu avoir exigé du créancier la cession de ses actions.

DATION EN PAIEMENT. — C'est la prestation faite au créancier d'une chose autre que celle qui lui est due. Quand elle a lieu avec le consentement du créancier, elle opère comme le paiement : elle anéantit l'obligation *ipso jure*. A la vérité, dans l'ancien droit, suivant les Proculiens, l'obligation n'eût disparu qu'*exceptionis ope*, mais dans l'opinion des Sabinieniens qui a prévalu, la dation en paiement a la même puissance extinctive que le paiement.

NOVATION. — Chaque fois qu'il y a novation l'obligation principale est éteinte et avec elle tous les accessoires tels que fidéjussion et hypothèque. Par une convention spéciale, ne pourrait-on pas supprimer ce dernier résultat et rattacher à la nouvelle obligation les accessoires de l'an-

cienne ? Pour les fidéjusseurs cela est impossible. Sans leur consentement, on ne peut pas leur faire garantir une nouvelle obligation.

Un tiers ne cautionne une dette que parce qu'elle émane de tel créancier à la charge de tel ou tel débiteur et parce qu'en elle-même et objectivement elle possède tel ou tel caractère. Que ce caractère change, la raison qui a décidé le répondant à rendre service disparaît, partant il ne s'engagera pas de nouveau. C'est d'ailleurs ce que décide la loi 60 *de fidejussoribus* et une constitution de l'empereur Caracalla renfermée dans la loi 4 *de fidejussoribus* au Code.

ACCEPTILATION. — C'est un paiement fictif, *imaginaria solutio*, qui éteint *ipso jure* les obligations nées *verbis*. Elle s'applique donc à la fidéjussion. Si l'obligation principale n'est pas née *verbis*, elle pourra disparaître par une *acceptilatio*, mais auparavant il faudra la convertir, au moyen d'une novation, en une obligation verbale.

De ce que l'*acceptilatio* est un paiement fictif, il s'en suit que si elle est faite à l'un de plusieurs obligés à la même dette, ce n'est pas lui seul qui est libéré, mais tous ceux qui s'étaient engagés avec lui. Ce principe qu'Ulpien applique dans la loi 16 pr. *de acceptilatione* XLVI, 4 est vrai toutes les fois que plusieurs personnes sont *ejusdem obligationis participes*. Ainsi l'*acceptilatio* faite au débiteur libère tous les fidéjusseurs ; de même celle faite au fidéjusseur libère le débiteur principal et par suite tous les autres débi-

teurs accessoires (L. 16, § 1 et L. 13, § 7 *de acceptilation*).

L'*acceptilatio* n'aura cependant pas toujours un effet aussi général. Supposons une dette conditionnelle. Cette libération accordée à tous les débiteurs, principal et accessoires, ne produira d'effet que dans les cas où le *reus principalis* pourra être libéré au moment de l'accomplissement de la condition. Ainsi par exemple, l'*acceptilatio* faite au fidéjusseur qui est intervenu, *pendente conditione*, pour garantir éventuellement le paiement d'un legs, ne profitera pas à l'héritier dont l'obligation prendra postérieurement naissance par l'évènement de la condition (L. 13, § 8 *de acceptilation*). Comme le fait très justement remarquer notre savant maître M. Bufnoir (1) « elle éteindra sans doute l'obligation du fidéjusseur qui dérive d'un contrat et dont la formation rétroagit au jour où le fidéjusseur a fait la promesse, mais non celle de l'héritier qui ne préexiste pas à l'évènement de la condition. »

CONTRARIUS CONSENSUS. — On appelle ainsi l'accord des parties à résoudre l'obligation qu'elles ont contractée. Ce résultat se produit en vertu du principe : « *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est* (L. 35, D. *de regulis juris*). Il faut pour cela que l'obligation que l'on veut résoudre soit née *consensu*, et n'ait pas encore été exécutée même partiellement. Ce contrat n'interviendra donc jamais entre le créancier et le fidéjusseur, puisque l'obligation de ce dernier naît *verbis*,

1. M. Bufnoir, de la condition, p. 336.

mais il se formera valablement entre le débiteur et le créancier toutes les fois que l'obligation principale, assujettie à aucune forme, aura été engendrée par le simple consentement et n'aura pas reçu un commencement d'exécution. Le débiteur dans ce cas cesse d'être tenu et le fidéjusseur est libéré par voie de conséquence.

PERTE DE LA CHOSE DUE. — Ce mode d'extinction ne s'applique qu'aux obligations de corps certains, *genera non pereunt*. Quand elle a lieu par cas fortuit, ou par le fait d'un tiers le débiteur est libéré et par suite le fidéjusseur. Que décider, si la perte de la chose due a été produite par le fait de la caution ; ainsi le fidéjusseur tue l'esclave promis ? Le débiteur cesse d'être obligé, quant au fidéjusseur, son obligation persiste. Par quelle action le créancier le poursuivra-t-il ? Papinien dans la loi 95 § *de solutionibus*, accorde l'*actio ex stipulatu*, mais ce jurisconsulte semble se contredire ailleurs, dans la loi 19, *de dolo malo*, IV, 3. Il rapporte, suivant l'opinion de Neratius Priscus et de Julien, que le fidéjusseur n'était tenu que de l'action de dol et il admet cette opinion : « *De dolo actionem reddi adversus eum oportere : quoniam debitore liberato, per consequentias ipse quoque dimittitur*. En outre Marcien dans la loi 32, § 5, *de Usuris et fructibus*, XXII, 1) ne donne aucune de ces deux actions, mais une nouvelle qu'il qualifie d'utile. Nous ne chercherons pas à concilier ces lois. Elles ont été écrites à des époques différentes et accusent évidemment un progrès dans la doctrine des jurisconsultes.

SECTION II

Modes d'extinction opérant per exceptionem.

LEGS DE LIBÉRATION. — Le créancier lègue au débiteur principal sa libération, le fidéjusseur est libéré par voie de conséquence. Le motif est le suivant. Si le fidéjusseur payait, il aurait un recours contre le *reus* et celui-ci ne profiterait pas du legs qui lui aurait été fait. C'est ce qui ressort de la loi 49 pr., *de fidejussoribus*. Il n'en serait pas de même si la caution s'était engagée *animo donandi*. N'ayant aucun recours à exercer, il ne profiterait pas du legs de libération que le créancier aurait accordé à son débiteur (l. 5 pr., *de liberatione legata*, XXXIV, 3).

COMPENSATION. — Le fidéjusseur poursuivi par le créancier invoquera la compensation pour la dette du débiteur principal qu'il a garanti, comme il pourrait le faire pour sa propre dette (1) (l. 5, *de compensationibus*, XVI, 2).

SERMENT. — Deux hypothèses sont à étudier. Le serment a pu être prêté par le débiteur ou par le fidéjusseur. Quand le débiteur a juré que la dette n'existait pas, il est libéré, ainsi que le fidéjusseur.

La loi 42 pr., *de jurejurando*, prévoit le cas où le serment est donné par un pupille et elle nous rapporte trois

1. Nous retrouvons les mêmes règles en droit français : Art. 1294, C. c. La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.

décisions différentes. Supposons tout d'abord, avec le jurisconsulte, que le serment est déféré sur l'existence même du fait générateur de l'obligation. Jurez, dit-on au pupille, que le prêt n'a pas eu lieu. Il le jure. La dette n'existe pas ; ni le débiteur, ni le fidéjusseur ne sont obligés.

En second lieu, le fait existe, l'emprunt a été contracté et le pupille affirme par serment que son tuteur ne l'a pas autorisé. Il naît une obligation naturelle, le mineur, il est vrai, n'est pas tenu *civiliter*, le créancier n'a pas d'action contre lui, mais comme une obligation naturelle peut servir de base à une fidéjussion, le fidéjusseur qui aura répondu pour lui sera tenu. Enfin, Pomponius répond à celui qui le consulte que l'on peut ignorer ce sur quoi le serment a été prêté. Le pupille a pu jurer seulement *se dare non oportere*. Ce serment signifie aussi bien : je n'ai rien reçu, que j'ai reçu sans l'*auctoritas tutoris*. Pomponius décide qu'il faut alors penser que le pupille a voulu faire porter son serment sur le fait même. Ce jurisconsulte présume que l'intention du mineur était de jurer qu'il n'avait rien reçu.

Une difficulté se présente quand le pupille jure que son tuteur ne l'a pas autorisé. Nous venons de dire que dans ce cas, il n'y avait qu'une obligation naturelle, or la loi 95 § 4, *de solutionibus*, nous apprend que l'obligation naturelle est éteinte *ipso jure* par le serment. *Naturalis obligatio, ut pecuniæ numeratione ita justo pacto, vel jurejurando ipso jure tollitur*.

Au contraire, Pomponius semble dire dans la loi 42 pr.

de jurejurando XII, 2 que l'extinction n'a lieu que *per exceptionem*. Enumérant, dans cette loi, les divers objets sur lesquels peut porter le serment, il déclare suivant les cas que le fidéjusseur est ou non libéré. Or, quand il se prononce pour l'affirmative, il s'exprime ainsi : « *Fidejussoribus exceptionem dari debere existimavimus.* » Nous ne croyons pas qu'il faille attacher une grande importance à cette forme de langage. Nous pensons que Pomponius est du même avis que Papinien. Nous voyons, en effet, que dans la même loi, quelques lignes plus haut, il s'exprime de cette façon : « *Naturalis obligatio hac portione tollitur.* » Ces jurisconsultes ne peuvent admettre qu'en absence de toute obligation, même d'une obligation naturelle, le fidéjusseur soit tenu *ipso jure* et ne soit libéré que *per obligationem*, ce serait leur imputer l'oubli d'un principe élémentaire (1).

Le serment a pu aussi être déféré au fidéjusseur par le créancier. Dans ce cas le fidéjusseur en profitera toujours, chaque fois qu'il l'aura prêté ; quant au *reus* une distinction est nécessaire. Le fidéjusseur a-t-il juré que la dette n'existait pas, le débiteur profitera de l'exception. A-t-il simplement affirmé par serment qu'il n'avait pas garanti la dette, le débiteur restera tenu et le fidéjusseur sera libéré (L. 1. § 3. *Quarum rerum actio*, XLIV, 5).

IN INTEGRUM RESTITUTIO. — On ne peut pas décider d'une façon générale si le fidéjusseur profitera ou non de

1. M. Pellat, *textes choisis*, p. 251.

l'in integrum restitutio accordée au débiteur principal. Le magistrat avant de prononcer, examinera les faits et lui étendra ou lui refusera ce bénéfice, suivant les circonstances. C'est ce que décide Ulpien pour l'hypothèse d'un mineur de vingt-cinq ans (L. 13. *pr. de minoribus*. IV, 4). Le magistrat, dit ce jurisconsulte, devra rechercher à qui, du fidéjusseur ou du créancier, il vaut mieux venir en aide. Il ne restituera pas le fidéjusseur, si sa promesse a été donnée précisément dans le but de garantir le créancier contre la chance de restituer qui pouvait être accordée au *reus*. Dans ce cas le fidéjusseur devra payer la dette et se verra privé de recours contre le mineur, car la *restitutio* a mis ce dernier à l'abri de l'*actio mandati contraria*.

EXCEPTION DE DOL. — Le fidéjusseur peut se prévaloir du dol dont le débiteur principal a été victime. S'il n'en était ainsi, le créancier agirait contre la caution, laquelle se retournerait contre le débiteur et on arriverait à cet inconvénient que ce débiteur supporterait indirectement les effets de son obligation. L'*exceptio doli* qu'il aurait pu opposer au créancier ne lui servirait donc pas.

EXCEPTION QUOD METUS CAUSA. — La violence a pu avoir déterminé l'engagé principal ou la caution à contracter. Aussi Labéon fait-il une distinction (L. 14, § 6, *quod metus causa* IV, 2). Le débiteur a-t-il promis sous l'empire de la violence ? Son obligation est annulable, par suite le fidéjusseur cesse d'être engagé. Le fidéjusseur a-t-il

été seul violenté ? il est libéré, mais l'engagé principal reste obligé.

Nous croyons que cette seconde solution est trop large et, nous inspirant de la loi 95 § 3 *de solutionibus*, nous préférons répondre que le fidéjusseur restera tenu ou sera libéré suivant les cas. Il continuera d'être tenu toutes les fois qu'il aura promis connaissant la position du débiteur, parce qu'alors on pourra interpréter son intention, comme une garantie donnée au créancier contre la *restitutio*, en faveur de l'engagé principal. Dans le cas contraire, il sera libéré, la raison est la même que celle que nous avons donnée à propos du dol : le fidéjusseur aurait un recours contre le débiteur.

EXCEPTION DU SÉNATUS-CONSULTE MACÉDONIEN. — Un fils de famille qui a emprunté, nonobstant la défense du sénatus-consulte Macédonien, fournit un fidéjusseur. Ce fidéjusseur pourra-t-il opposer l'exception tirée de ce sénatus-consulte ? La loi 9, § 3 *de senatus-consulto Macedoniano* XIV, 6 le dit, parce que si le fidéjusseur payait, il aurait un recours à exercer contre le fils de famille. Si donc ce fidéjusseur était intervenu, *animo donandi*, n'ayant rien à réclamer, il ne pourrait pas se prévaloir de l'exception. *Qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt tum enim cum nullum regressum habeant senatus-consultum locum non habebit.*

EXCEPTION DE SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN. — Nous savons que le sénatus-consulte Velléien défend à la femme d'*intercedere* pour autrui. Si elle s'est engagée contraire-

ment à cette prohibition, une exception lui est donnée pour repousser l'action du créancier. Un fidéjusseur a pu garantir l'engagement de la femme, lui sera-t-il permis comme à elle-même d'invoquer la nullité du contrat? Il y a controverse entre les jurisconsultes. La loi 16, § 1, *Ad senatusconsultum Velleianum* XV, 4, nous indique une divergence d'opinions entre Cassius et Julien. Le premier est d'avis que le fidéjusseur peut invoquer l'exception lorsqu'il est intervenu sur le mandat de la femme. Il veut la mettre à l'abri du recours que le fidéjusseur aurait à exercer contre elle, s'il était contraint de payer la dette. Julien décida que la caution a toujours le droit d'opposer l'exception, car, dit-il, *totam obligationem senatus improbat*. Cette décision est la conséquence du principe que nous avons étudié : la fidéjussion ne peut exister sans une obligation principale, et ce n'est qu'à partir de Justinien que l'engagement de la femme donne naissance à une obligation naturelle. Antérieurement elle ne produisait aucun effet.

Nous pensons que la décision de Julien est préférable, elle est plus conforme aux principes, et nous admettons que le fidéjusseur puisse, comme la femme elle-même, invoquer le sénatus-consulte Velléen.

PACTE DE NON PETENDO. — C'est le nom donné à une convention passée entre un débiteur et son créancier, par laquelle il a été entendu que le stipulant ne réclamerait pas l'exécution de l'obligation. Ce pacte peut désigner ou non les personnes qui sont appelées à en bénéficier. Dans le

premier cas, on dit qu'il est fait *in rem*, dans le second, on le qualifie d'*in personam*. Cette distinction est importante quant aux effets.

Supposons que le créancier fait au débiteur un pacte *in rem*, le fidéjusseur l'invoquera, parce que s'il devait payer la dette, par son recours il ferait perdre au débiteur le bénéfice du pacte. Il en serait autrement s'il s'était engagé *animo donandi*. N'ayant pas de recours à exercer, il ne pourrait plus opposer l'*exceptio pacti conventi*. C'est là l'effet d'un principe que nous avons déjà eu à signaler plusieurs fois dans le courant de ce chapitre. Il peut arriver qu'un pacte *de non petendo* ayant eu lieu, le débiteur consente à faire revivre la dette par un nouvel arrangement conclu avec le créancier ; cette convention fera-t-elle renaître l'obligation du fidéjusseur ? Paul (l. 27 § 2, *de pactis*, 11, 14) répond que oui : « *Eadem ratione contingit ; ne fidejussoribus prius pactum prosit.* » L'exception avait été donnée au fidéjusseur dans l'intérêt du débiteur, cet intérêt disparaissant, le fidéjusseur doit perdre l'exception. Furius Anthianus (l. 62, *de pactis*) soutient que le bénéfice du premier pacte, une fois acquis au fidéjusseur, ne peut pas lui être enlevé par une convention postérieure. *Sed verius ut semel adquisitam fidejussori pacti exceptionem, ulterius ei invito extorqueri non posse.*

Le mot *verius* nous indique qu'il y avait controverse. Cependant il nous semble préférable d'admettre cette dernière opinion. Elle est conforme à la loi 15 pr. *de fidejussoribus*. Cette loi suppose qu'un fidéjusseur a garanti

une obligation manquant de cause, elle est nulle, le fidéjusseur a une exception. Julien décide que le débiteur ne pourrait pas convenir avec son créancier de poursuivre le fidéjusseur, nonobstant l'exception. Celui-ci l'invoquera toujours, il est impossible de la lui enlever. Dans la loi 62, l'espèce est la même. Le fidéjusseur a acquis l'exception, une convention ne peut pas l'en priver.

Lorsqu'un pacte *in rem* a été fait avec la caution, il lui est personnel ; seule elle en profite. Peu importe que les autres cautions paient et se retournent contre le débiteur principal, elle reste étrangère à ce paiement. Aucune nouvelle convention n'ayant eu lieu entre le créancier et le *reus*, il est naturel que celui-ci supporte toute la dette.

Passons maintenant à l'hypothèse d'un pacte *de non petendo in personam*. Celui à qui il est consenti a seul le droit de l'invoquer.

Remarquons que s'il est passé avec le *reus* au fond ce n'est qu'un terme accordé pour le paiement. Sous Justilien cela ne se conçoit plus. Le bénéfice de discussion viendrait supprimer son principal effet. Observons en terminant qu'un pacte ne fait pas toujours disparaître l'obligation *per exceptionem*. C'est, il est vrai, ce qui arrive le plus souvent, quelquefois cependant il l'anéantit *ipso jure*. Nous avons vu que les contrats consensuels, tant qu'ils n'avaient pas reçu un commencement d'exécution, se dissolvaient par un simple accord de volontés. La loi 17, § 1, *de pactis* nous cite les actions *furti et injuriarum* comme s'éteignant *ipso jure* au moyen d'un simple pacte. Dans la

loi 95, § 4 *de solutionibus*. Papinien en dit autant des obligations naturelles. Dans tous ces cas la fidéjussion s'éteint par voie de conséquence comme l'obligation principale.

CONFUSION. — La confusion est la réunion sur la même tête de deux qualités incompatibles, comme celles de débiteur et de créancier. Ce n'est pas à proprement parler une véritable cause d'extinction de l'obligation, c'est plutôt un obstacle matériel, une impossibilité de fait à l'exécution du contrat. Trois hypothèses sont possibles. La confusion peut avoir lieu soit entre le créancier et le débiteur, soit entre le créancier et le fidéjusseur, soit entre le débiteur et le fidéjusseur.

Supposons tout d'abord qu'elle s'est produite entre le créancier et le débiteur ; le fidéjusseur est libéré, comme il l'aurait été par un paiement. Ceci n'offre pas de difficulté quand il n'y a qu'un seul débiteur, il en est autrement quand il s'en trouve plusieurs et un seul fidéjusseur qui s'est engagé pour tous. La loi 71, § 1, *de fidejussoribus* prévoit l'espèce. Granius Antoninus a donné mandat à Amelius Palina de prêter de l'argent à Julius Pollion et à Julius Rufus. Ceux-ci en recevant cette somme se sont constitués *correi promittendi* ; or, il arrive que Pollion voit le fisc confisquer ses biens et que ceux du créancier subissent le même sort. Le fisc est donc devenu tout à la fois créancier et débiteur. Le *mandator pecuniæ credendæ* dans l'espèce, ou si on veut le fidéjusseur, car la réponse serait la même, sera-t-il libéré par cette confusion ? Paul répond

que oui assurément, s'il n'y avait qu'un seul débiteur : il en donne la raison que *non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse*. Mais, comme ils sont deux, et que le second, Julius Rufus, a conservé ses biens, et que par conséquent il est resté obligé, Paul croit que son obligation continue à être cautionnée par Granius Antoninus. La confusion, il est vrai, éteint les obligations comme un paiement, et le paiement fait par l'un des *correi* profite aux autres. Ici on ne peut pas raisonner de même. S'il est juste de comparer la confusion au paiement, quand il n'y a qu'un seul débiteur, il est inexact d'étendre cette comparaison au cas où il se trouve plusieurs coobligés. Le paiement porte sur l'objet, la confusion sur la personne. Elle ne fait que supprimer un des débiteurs, les autres continuent à être tenus.

Granius Antonius, le *mandator* ou le fidéjusseur, pourra donc être actionné comme Julius Rufus qu'il a garanti. Est-ce à dire qu'il le sera ? Non, car en fait, si le fisci le poursuivait, il serait en droit de le repousser par une exception de dol. Il lui dirait : vous avez succédé aux obligations de Pollion, or, j'avais en cas de poursuite, un recours contre lui, je l'exerce contre vous. *Dolum facit qui petit quod statim redditurus est* (L. 8 pr. de doli mali et metus exceptione XLIV, 4).

Passons maintenant au cas où les qualités de créancier et de fidéjusseur sont confondues dans la même personne. Pour le débiteur, cela ne produira aucun effet, il continuera de devoir. Toutefois le fidéjusseur devenu créancier

n'exercera pas l'*actio mandati* contre le débiteur, il lui réclamera le montant de la dette par l'*actio ex stipulatu*. Il est impossible d'admettre que le fidéjusseur s'est payé lui-même, puisque le débiteur principal reste engagé. C'est ce que décide Africain dans la loi 21, § 5, de *fidejussoribus* :
« *cum reus obligatus maneat, non posse intelligi ipsum a se fidejussorem pecuniam exegisse : itaque ex stipulatu potius quam mandati agere debebit.* »

La loi 11 *mandati* contient une exception. Voici l'espece : un créancier a poursuivi la caution et n'a pas été payé, il a néanmoins perdu son action contre l'engagé principal. Plus tard, la caution succède au créancier. Pomponius dit qu'elle poursuivra le *reus* non par l'*actio ex stipulatu*, puisqu'elle ne l'a plus, mais par l'*actio mandati*.

Nous avons dit que la confusion pourrait encore s'opérer entre le débiteur et le fidéjusseur. Ainsi ils succèdent l'un à l'autre, ou un tiers leur succède à tous deux ; le résultat de la confusion est le même, quel que soit celui des obligés qui succède à l'autre. L'obligation accessoire est absorbée par l'obligation principale (L. 5, de *fidejussoribus*). Il en serait de même, si un tiers succédait aux deux obligés en qualité d'héritier. Dans la loi 93 de *solutionibus* Scævola nous rapporte que Proculus était d'un avis différent ; d'après ce jurisconsulte quand le débiteur hérite d'un fidéjusseur, les deux qualités de débiteur et de caution subsistent dans sa personne. Scævola ne nous en donne pas le motif. Voici toutefois une explication qui paraît vraisemblable :
« Peut-être Proculus pensait-il que l'obligation qui doit dis-

paraître, quand il y a confusion, est celle de l'héritier et non celle du défunt, et, comme ici il ne pouvait admettre que l'obligation du fidéjusseur survécût, celle du débiteur principal s'éteignant, il les laissait subsister toutes deux (1). »

LITIS CONTESTATIO. — La fidéjussion s'éteint par la poursuite dirigée contre le débiteur principal, *electo reo principali, fidejussor vel heres ejus liberatur*. C'est une conséquence de cette idée que l'obligation du fidéjusseur est la même que celle de l'engagé principal et que, pour faire reconnaître un droit, on n'a qu'une fois l'accès de la justice.

L'*adpromissor* et le principal obligé ne sont pas tenus chacun d'une dette distincte ; comme lorsqu'il y a plusieurs *rei promittendi*, une seule obligation pèse sur eux « sous une sorte d'alternative. Il dépend du créancier de la fixer sur l'un d'eux en dirigeant contre lui sa poursuite. Il épuise ainsi son droit d'agir et dès qu'il y a *litis contestatio* avec l'un, le débiteur principal, par exemple, le fidéjusseur est libéré. Le créancier ne pourrait pas plus renouveler l'action contre lui, que contre celui qu'il a déjà actionné (2). »

La *litis contestatio* produit un effet différent, suivant que le *judicium* est *legitimum* ou *imperio continens*. Dans un *judicium legitimum*, c'est-à-dire ayant lieu à Rome ou dans le premier mille de la ville, devant l'*unus judex* et entre des citoyens romains, elle éteint la dette *ipso jure*.

1. M. Pellat, textes choisis, p. 228.

2. M. Pellat, *op. cit.*, p. 178

Quand ces trois conditions ne se rencontrent pas, le *judicium est imperio continens*, la dette n'est plus éteinte *ipso jure*, une seconde action peut être intentée, mais elle sera repoussée par l'*exceptio rei judicatæ* ou *rei in judicium deductæ*.

TRANSACTION. — On appelle de ce nom la convention par laquelle deux parties évitent ou arrêtent un procès en se faisant des concessions réciproques. Le demandeur renonce à son droit litigieux, moyennant une promesse donnée par son adversaire. Un double résultat se produit, le droit actuel mais incertain est anéanti, un nouveau naît qui le remplace.

L'ancien droit peut être éteint de deux façons, par une *acceptilatio* ou par un pacte *de non petendo*. Si la transaction intervient entre le débiteur et le créancier, peu importe comment elle a été faite, tous les intéressés sont libérés. Il n'en est pas de même quand le fidéjusseur a transigé avec le créancier. Ici une distinction est nécessaire. Y a-t-il eu *acceptilatio* ? Rien ne subsiste de l'ancienne dette, tout est éteint ; un pacte *de non petendo* a-t-il été fait ? le fidéjusseur seul est libéré. Il faudra cependant que le créancier tienne compte au débiteur principal de ce que lui aura donné le fidéjusseur pour obtenir son acquiescement à la transaction.

Supposons que, le fidéjusseur étant déjà condamné, une transaction intervienne entre le créancier et le débiteur. L'obligation résultant du jugement sera éteinte, tant à l'égard du fidéjusseur qu'à l'égard du créancier (L. 7,

§ 1, de *transactionibus* II, 15). Le résultat serait différent, si le créancier transigeait, non plus avec le débiteur, mais avec le fidéjusseur, après sa condamnation. Cette transaction ne produirait aucun effet, comme portant sur une chose jugée. Toutefois ce qu'aurait fourni le fidéjusseur comme prix de la transaction devrait être imputé sur ce que lui demanderait plus tard le créancier par l'*actio iudicati*.

Après avoir examiné les principaux cas d'extinction de la fidéjussion, il importe de faire remarquer que Justinien en augmenta le nombre en décidant que les fidéjusseurs qui s'obligeraient *sine scriptis* seraient libérés de plein droit au bout de deux ans. Plus tard, il adoucit cette règle et admit que les fidéjusseurs qui s'étaient obligés en présence des *tabularii* même *sine scriptis* dans une affaire d'intérêt public, seraient traités de la même façon que ceux engagés *cum scriptis*.

Tout ce que nous venons de dire à propos de la fidéjussion s'applique également à tous les autres modes de cautionnement, les obligations des *sponsores* et des *fidepromissores*, des constituants et des *mandatores* étaient éteintes de la même façon et dans les mêmes cas que celles des fidéjusseurs. Nous avons cependant une remarque à faire au sujet des *mandatores*, et deux cas d'extinction à ajouter à ceux que nous venons de citer. Ces deux cas sont spéciaux aux *sponsores* et aux *fidepromissores*. Nous avons dit que l'obligation de la caution était éteinte par l'effet d'une *litis contestatio* faite par le créancier avec le débiteur principal.

C'était là, avons-nous ajouté, une conséquence de ce principe que, pour l'exercice d'un même droit, on n'a qu'une fois l'accès de la justice. Les obligations du débiteur et du fidéjusseur étant identiques, le créancier n'avait qu'une seule action contre eux.

Nous devons faire observer qu'il n'était pas de même dans un *mandatum pecuniæ credendæ*. L'obligation du *mandator* était tout-à-fait distincte de celle du *reus* et la *litis contestatio* qui intervenait sur les poursuites du créancier contre l'un d'eux ne libérait pas l'autre ; c'est ce que nous voyons par le § 16, livre II, titre XVII, des Sentences de Paul.

Nous avons déjà dit et nous croyons devoir le répéter au chapitre de l'extinction de la fidéjussion, que dans l'ancien droit, l'obligation du *sponsor* et du *fidepromissor* s'éteignait par leur mort. Leurs héritiers n'en étaient pas tenus. Gaius ajoute cependant : *nisi de peregrino fidepromissore quæramus et alio jure civitas ejus utatur* (Com. III, § 120). Aux termes de la loi *Furia*, le *sponsor* et le *fidepromissor* étaient encore libérés par l'expiration du délai de deux ans. Ce délai courait du jour où l'obligation principale était devenue exigible. La loi *Furia* ne s'occupait pas des *fidejussores*.

DROIT FRANÇAIS

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT D'UN DÉLIT

OU D'UN QUASI-DÉLIT

ET SPÉCIALEMENT DE L'ABORDAGE

GÉNÉRALITÉS

En droit le mot délit a deux significations qui lui sont propres : le délit civil, c'est-à-dire tout fait dommageable et illicite, commis avec intention de nuire et le délit criminel ou tout fait prévu et puni par la loi pénale. Le délit civil n'est pas toujours délit criminel et réciproquement le délit criminel n'est pas toujours délit civil. Ainsi le stellionat qui constitue un délit civil, article 2059 C. c. n'est pas incriminé par la loi pénale, et l'homicide commis par pure imprudence tombe sous l'application de l'article 319 C. p., tandis qu'il n'est nullement un délit civil et ne serait au plus qu'un quasi-délit, en supposant qu'il préjudicie à autrui.

Nous ne nous occuperons pas du délit criminel et chaque fois que nous répéterons le mot délit, nous l'entendrons toujours dans le sens de délit civil. Tel que nous l'avons défini nous pouvons indiquer dès maintenant ses caractères. Ils sont au nombre de trois : 1° un fait dommageable ; 2° illicite ; 3° commis avec intention de nuire. Si la tentative n'avait pas abouti ou avait été abandonnée, si aucun préjudice n'avait été causé, peu importe l'intention sans le fait, elle pourrait constituer un crime devant la conscience, devant Dieu ; mais la justice des hommes n'aurait pas mission et serait impuissante à l'atteindre : il n'y aurait pas délit civil. Outre le fait dommageable, il faut encore une action criminelle, défendue par la loi. L'article 5 de la déclaration des droits de l'homme de la constitution de 1791 posait en principe que : « tout ce qui n'était pas défendu par la loi était permis et ne pouvait être empêché. » A plus forte raison, l'exercice régulier d'un droit ne ferait-il naître aucune responsabilité. Enfin nous avons exigé comme troisième condition qu'il y ait chez l'auteur de l'acte coupable l'intention de nuire à autrui. Si cette intention manquait nous n'aurions plus un délit, mais un quasi-délit. On appelle quasi-délit toute action ou toute omission illicite d'une personne qui par imprudence ou négligence, cause du dommage à autrui sans intention de nuire. Il résulte de cette définition que, sauf l'intention, les caractères du délit et du quasi-délit sont les mêmes. Dans l'un comme l'autre, nous remarquons un dommage résultant d'un fait illicite, mais ce qui fait la différence,

c'est que dans le premier, il faut, suivant ce que nous avons dit plus haut, que le tort ait été causé sciemment et volontairement, tandis que dans le second ce désir de préjudicier à autrui fait défaut.

Tout délit ou tout quasi-délit engendre une obligation : celle de réparer au moyen d'une somme d'argent le dommage que l'on a commis. Cette obligation prend le nom de responsabilité. Le législateur a tracé les règles relatives à cette matière dans le chapitre 2, du titre : DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION. Il pose le principe dans l'article 1382 Code civil : « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

Tandis que l'article 1382 prévoit le fait, l'acte domma-geable, l'article 1383, plus rigoureux, impose l'obligation de réparer, même à celui qui ne s'est rendu coupable que d'une simple négligence. « Chacun, dit l'article 1383, est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. » « Cette disposition, faisait observer le tribun Tarrible au Corps législatif (1), qui donne une garantie à la conservation des propriétés de tout genre est pleine de sagesse. Lorsqu'un dommage est commis par la faute de quelqu'un, si l'on met en balance l'intérêt de l'infortuné qui le souffre avec celui de l'homme coupable ou imprudent qui l'a causé, un cri soudain de justice s'élève et répond que ce dommage doit être réparé par son auteur.

1. Séance du 19 pluviôse an XII.

Cette disposition embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages et les assujettit à une réparation uniforme qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert. Depuis l'homicide jusqu'à la légère blessure, depuis l'incendie d'un édifice, jusqu'à la rupture d'un meuble chétif, tout est soumis à la même loi, tout est déclaré susceptible d'une réparation qui indemniserà la personne lésée des dommages quelconques qu'elle a éprouvés. »

Marcadé nie l'utilité de l'article 1383, C. c. Suivant ce jurisconsulte, l'article 1383 n'ajouterait rien à l'article 1382. Celui-ci serait suffisamment large et embrasserait tous les cas de délits et de quasi-délits. Pour donner un sens à l'article 1383, il faudrait supposer que le législateur a voulu opposer le fait proprement dit à l'omission, en appliquant l'article 1382 aux délits et aux quasi-délits consistant en un fait négatif, en une simple abstention. Il y aurait là une erreur. L'opposition du fait à l'imprudence n'est pas exacte, puisqu'il peut y avoir simple imprudence aussi bien dans un fait de commission que dans une omission. En outre, l'article 1384 C. C. qui emploie également ce mot, le prend dans le sens qu'il a ordinairement et alors comment expliquer qu'il ait dans l'article 1382 une autre signification que dans l'article 1384 ? Le mieux est donc de ne pas faire attention à l'article 1383, il n'ajoute rien à l'article 1382 et on doit le laisser de côté.

Il serait impossible de prévoir tous les délits et quasi-délits que l'on peut commettre. Aussi le code dans les arti-

cles 1382 et 1383 se sert-il d'une formule générale qui les comprend tous. Dans les articles suivants, il vise certains cas où la faute est de plein droit présumée par la loi. Son énumération est limitative. On ne doit rien ajouter par analogie, attendu que s'il est naturel de répondre de son fait personnel, il est exceptionnel de se trouver obligé par la faute d'autrui.

Notre intention n'est pas de passer en revue et de traiter tous les cas de responsabilité qui peuvent se présenter. Nous diviserons ce travail en deux parties ; dans la première nous exposerons la théorie générale de la responsabilité résultant d'un délit ou d'un quasi-délit ; nous indiquerons également les cas prévus par les articles 1384, 1385 et 1386 du Code civil, mais d'une façon brève et sans entrer dans les longs détails que comporte ce sujet, de manière à pouvoir nous étendre davantage et plus longuement sur l'obligation qu'engendre un fait d'abordage maritime. Nous traiterons ce sujet dans notre seconde partie et nous l'approfondirons dans nos explications. Ce sinistre peut être le résultat d'un délit ou d'un quasi-délit suivant les circonstances. Le capitaine abordeur a-t-il agi par méchancelé ou pour nuire à un armateur, c'est un délit ; était-il incapable et, par imprudence ou par défaut de surveillance ou de soir, a-t-il heurté un navire auprès duquel il passait, c'est un quasi-délit. Nous verrons la responsabilité qui découle de l'abordage, quelles sont les parties intéressées et les tribunaux compétents pour juger les procès qu'il peut faire naître.

PREMIÈRE PARTIE

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT D'UN DÉLIT OU D'UN QUASI-DÉLIT

On trouve dans la loi romaine plusieurs dispositions qui obligent celui qui a causé un préjudice à autrui à le réparer. Les jurisconsultes distinguaient suivant que le dommage avait été produit par le fait d'une personne *sui juris*, d'un fils de famille, d'un esclave ou d'un animal. Notre ancienne jurisprudence faisait aussi dériver une obligation de toute faute qui avait causé un dommage à autrui, que cette faute constituât un crime, un délit, un quasi-délit ou une simple faute. Quoique les délits fussent considérés comme personnels en ce sens que chacun était tenu de subir la peine et la réparation due pour son délit, notre ancien droit voulait que les pères fussent tenus civilement des délits commis par leurs enfants en bas âge et sous leur puissance. Les maîtres étaient pareillement tenus à raison des délits de leurs domestiques et du dommage causé par leurs animaux.

Notre Code a reproduit en grande partie ces dispositions.

Nous suivrons ces distinctions et nous examinerons successivement la responsabilité produite par un fait personnel, celle qui résulte du fait d'autrui et enfin celle qui provient du dommage causé par les choses que l'on a sous sa garde.

CHAPITRE I

DE L'OBLIGATION DE RÉPARER LE DOMMAGE CAUSÉ PAR SON FAIT PERSONNEL

Un délit ayant été commis, il naît, avons-nous dit, une obligation de réparer le dommage. Si l'auteur refuse de donner une indemnité à la victime, celle-ci réclamera devant les tribunaux. Les juges apprécieront le degré de faute et le tort commis, puis ils fixeront le montant des dommages-intérêts que le coupable devra payer. Toutefois l'action qui appartient à la partie lésée n'est pas perpétuelle, comme les autres actions, elle peut sous certaines conditions être prescrite par un certain laps de temps.

Nous avons à rechercher l'étendue de la responsabilité, en quoi consiste la réparation et le temps pendant lequel on peut utilement l'exercer. Nous allons étudier séparément ces trois questions.

SECTION I.

Étendue de la responsabilité.

L'étendue de la responsabilité dépend de la gravité de la faute et de l'importance du dommage commis, tout ce

qui blesse injustement le droit d'autrui est une faute. Elle consiste aussi bien dans une action que dans une omission. Pour la commettre il faut être *doli capax*, se rendre compte de ce que l'on fait. Une faute suppose en effet la liberté et le moyen de l'éviter ; or, quelques-uns n'ont ni cette liberté, ni ce moyen.

Une personne privée de raison, comme un fou, ou agissant sans discernement, comme un enfant, ne commet pas de faute et par suite n'est jamais responsable de ses actes. Néanmoins si cet enfant était parvenu à un âge où chacun sait apprécier l'importance de ses actes, il ne serait plus possible de considérer le dommage comme arrivé par cas fortuit et cet enfant devrait être condamné aux réparations civiles.

« Dès qu'une personne, dit Pothier (1), a l'usage de sa raison et que l'on aperçoit dans le fait par lequel elle a causé quelque tort à un autre, de la réflexion et de la malignité, le fait est un délit et la personne qui l'a commis, quoiqu'elle n'ait pas atteint l'âge de puberté, contracte l'obligation de réparer le tort qu'elle a causé. »

La loi n'affranchit pas le prodigue de la responsabilité de ses actes. Elle le met dans l'impuissance de dissiper son patrimoine par des dépenses exagérées, mais ne lui donne pas la faculté de nuire à la propriété d'autrui. C'est, du reste ce qu'a fait remarquer M. Tarrible, lors de la discussion du Code civil.

1. Obligations, n° 118.

Nous déciderons de même pour l'ivresse. Celui qui consent à se mettre dans cet état doit savoir qu'il ne s'exempte pas de la responsabilité de ses actes (1). Il y aura exception, si l'ivresse n'avait pas été volontaire, si par exemple, elle avait été le résultat de manœuvres pratiquées par un tiers et si elle avait complètement enlevé à l'agent l'exercice de ses facultés.

Il n'y a pas faute, lorsqu'une personne usant de son droit nuit à un tiers ; ainsi, s'il me plaît de construire un mur contre la fenêtre de mon voisin, celui-ci ne pourra me réclamer aucune indemnité pour la vue que je lui ferai perdre. Nous trouverions des applications de cette règle dans le Code civil, notamment dans les articles 672 et 641. Il est vrai que l'article 674 C. c. vient apporter une restriction à cette faculté, mais pour une espèce particulière, toutefois on admet qu'il y aurait faute de la part de celui qui, ayant plusieurs manières d'exercer son droit, choisirait précisément celle qui nuit le plus à son voisin ou qui agirait non pour en tirer un profit, mais pour causer un dommage à autrui. Domat était de cet avis et qualifiait cet acte de « malice que l'équité ne souffrirait pas. » La Cour de cassation (2) a adopté également cette opinion : attendu, dit l'arrêt, que pour qu'il y ait lieu à dom-

1. Le Code prussien part. I, tit. VI art. 40, dit : Celui qui se met dans un état où il ne dispose pas librement de ses facultés, répond du dommage qu'il a causé dans cet état.

2. Cass. 19 décembre 1817, S. 18, I, 170. — Cass. 2 décembre 1861 ; D. P. 61, I, 171.

mages-intérêts, il faut qu'il y ait faute, que la loi ne répute pas en faute celui qui fait ce qu'il a dû faire, à moins qu'il ne le fasse pour nuire et sans intérêt pour lui-même.

Quelle faute aura dû commettre le délinquant pour se trouver obligé à la réparation du dommage ? Faudra-t-il lui imputer une faute grossière, ou une simple imprudence de sa part suffira-t-elle pour entraîner contre lui une condamnation ? A la lecture de l'article 1382, il semble que le Code ne distingue pas et que par conséquent toute faute, si légère qu'elle soit, met son auteur dans l'obligation de réparer le préjudice. L'article 1383 « va même jusqu'à supposer que la négligence ou l'imprudence a été la cause du dommage. Mais nous croyons avec Proudhon que ces articles n'ont pas pour but de déterminer la gravité de la faute. Le juge aura à examiner les circonstances dans lesquelles l'auteur a agi. S'il reconnaît qu'il y a eu de sa part plutôt imprudence que cas fortuit, il le condamnera, s'il estime qu'il a fait ce qu'il a pu ou a peu près pour éviter le dommage, il le renverra des fins de la plainte. En outre quand il le croira responsable, il devra dans l'estimation du montant de l'indemnité, tenir compte non seulement de l'importance du tort causé, mais aussi de la gravité de la faute.

Quelquefois le délit de l'un peut se trouver compensé par le délit de l'autre, dans ce cas aucune indemnité n'est due. La Cour de Douai a eu à statuer sur l'espèce suivante ; un cabriolet conduit par le sieur Vanin rencontra la nuit une diligence sur la grande route. Le choc renversa

le cabriolet et blessa son conducteur. Vanin intenta une action contre le postillon de la diligence. Celui-ci répondit que le conducteur du cabriolet s'était exposé à cet accident en n'éclairant pas sa voiture, et que par suite il n'avait rien à réclamer pour la réparation d'un dommage qu'il avait provoqué. La Cour admit ses conclusions (1).

Le degré de faute étant connu, les juges devront, avant de déterminer le montant des dommages-intérêts à payer, estimer le préjudice. Pour cela ils ordonneront une enquête ou s'en rapporteront aux dépositions des témoins. Il peut y avoir faute sans qu'il y ait responsabilité. C'est ce qui arrive toutes les fois qu'il n'en est résulté aucun dommage. Ainsi je tire sur votre cheval dans le but évident de le tuer ; je vise mal et la balle ne le touche pas. Il y a faute de ma part assurément et même faute très grave qui équivaut à un dol, mais comme je ne vous ai causé aucun préjudice, que vous n'avez éprouvé aucune perte vous n'aurez aucune action contre moi.

Il n'est pas toujours facile au juge de déterminer exactement l'étendue du dommage. Il ne doit prendre en considération que ce qui est la suite directe et immédiate du fait incriminé. Tout ce qui a une cause différente ne doit pas être imputé à l'auteur du délit. Supposons qu'un voleur, pour s'introduire dans une maison, ait percé un mur de clôture : il devra payer les frais de réparation, mais si le propriétaire néglige d'intenter de suite son action et de

1. Douai, 14 décembre 1846 ; S. 48, 2, 542.

faire exécuter les travaux nécessaires pour empêcher le mur de se dégrader davantage, devra-t-on mettre à la charge du voleur ces nouveaux dégâts? Nous ne le pensons pas. Ce surcroît de réparation n'a pas eu pour cause le délit que le voleur a commis, mais plutôt l'insouciance du propriétaire de la maison.

Il est à peu près impossible de poser une règle unique pour déterminer la part de responsabilité de l'un et de l'autre; ce n'est que par l'étude des faits que le juge arrive à fixer exactement dans quelle proportion chacun doit contribuer à la perte.

SECTION II

De la réparation civile.

La victime d'un délit ou d'un quasi-délit a une action en dommages-intérêts contre celui qui a été déclaré responsable. Ayant causé le préjudice, il doit le réparer. Nous allons examiner à qui appartient cette action, comment elle est donnée et enfin l'étendue de la réparation que l'auteur du dommage doit fournir.

§ 1. — *Qui peut demander la réparation.*

Pour être en droit de se plaindre d'un délit il faut avoir souffert personnellement du dommage que ce délit a causé. Ainsi les parents ont une action directe à raison des délits

dont leurs enfants ont été les victimes, chaque fois qu'ils ont été atteints dans leur personne. Au contraire si leurs enfants seuls ont été lésés, les parents ne peuvent pas agir de leur chef, c'est au nom de leurs enfants qu'on leur permet d'exercer une action en indemnité.

Un mari peut demander réparation pour une injure faite à sa femme, mais la réciproque ne serait pas vraie. Celle-ci, pour poursuivre l'auteur de l'injure, aurait besoin de l'autorisation de son mari, il serait donc plus simple de le laisser agir personnellement.

Tant qu'une personne victime d'un attentat ou d'une imprudence est vivante, elle seule a le droit de poursuivre l'auteur du dommage pour en obtenir réparation. Son action peut même être exercée à plusieurs reprises jusqu'à ce qu'elle ait obtenu une réparation complète. Si après une première allocation de dommages-intérêts, elle découvre que le préjudice causé est plus grave qu'elle ne l'avait pensé tout d'abord, cette personne pourra réclamer de nouvelles indemnités. La jurisprudence tend même à lui reconnaître ce droit, lorsqu'elle a fait une transaction avec l'auteur du fait dommageable (1). Non-seulement la victime qui a été blessée par accident peut demander réparation, mais aussi sa famille qui se trouvait nourrie par son travail. On peut dire que cette famille a été atteinte par l'accident, puisque loin de recevoir des secours du blessé, elle est obligée désormais de passer son temps au-

1. Paris 16 juillet 1870; D. 71, 2, 169.

près de lui pour le soigner (1). Un arrêt de Lyon en a décidé autrement en se fondant sur ce qu'une seconde demande de la part des proches parents ferait double emploi, mais dans l'espèce, il s'agissait d'un enfant, et on n'avait pas constaté qu'il leur remettait exactement le profit qu'il tirait de son travail. On ne peut donc pas se baser sur cet arrêt pour réfuter le principe que nous avons posé plus haut.

Jusqu'ici nous avons supposé que la victime avait survécu à l'accident qui l'avait frappée, il peut se faire qu'elle meure avant d'avoir eu le temps de réclamer une réparation. Dans ce cas à qui passe son droit? Toute indemnité de son chef paraît épuisée. Il est vrai que plusieurs auteurs enseignent que « la famille prend la place de la victime et joint sa propre plainte à la plainte que celle-ci eût élevée. Elle ajoute à la lésion qui a frappé un de ses membres, la lésion qu'elle a elle-même ressentie et l'agent doit compte de ce double dommage (2). »

Ceci peut exister à la suite d'un crime, mais n'est pas applicable à un cas d'homicide. Il est possible de faire payer à l'auteur de l'accident, d'une part le préjudice résultant pour elle du décès de la victime, et d'autre part, le dommage que cette mort a causé au parent qu'elle représente. C'est ainsi que suivant ce qui a été jugé par la cour d'appel de Besançon (3), les héritiers d'une personne morte

1. Sic. Bourges 23 janvier 1867; D. 67, 2, 198. — Contra. Lyon 26 avril 1871; D. p. 71, 2, 41.

2. M. Faustin-Hélie, *Inst. crim.* t. 2, p. 354.

3. Besançon, décembre 1880; D. p. 81, 2, 65.

incontinent dans un accident de chemin de fer ne peuvent intenter contre la compagnie l'action qu'aurait pu exercer leur auteur, s'il avait survécu; ils n'ont qu'une action personnelle, à raison du dommage propre qu'ils éprouvent par suite de l'accident. A plus forte raison le créancier de la victime ne pourrait-il pas exercer l'action qui aurait appartenu à celle-ci et qui lui aurait été exclusivement personnelle, si elle avait survécu.

Au reste ce décès a pu nuire à certains parents, ils auront alors une action personnelle pour réclamer des dommages-intérêts. Cette action naîtra isolément chez chacun des membres de la famille et lui sera propre. L'un pourra l'intenter et l'autre y renoncer. Ajoutons qu'elle n'est pas accordée aux parents légitimes seulement, les parents naturels eux-mêmes y ont droit.

§ 2. — *Comment doit être donnée la réparation.*

Plusieurs individus coupables d'un même délit doivent être condamnés solidairement au paiement d'une indemnité. Cela se comprend parfaitement. Supposons que l'un d'eux soit insolvable; qui supportera son insolvabilité? Ce sera la victime, si nous refusons de condamner les délinquants solidairement; si au contraire nous prononçons contre eux tous une condamnation *in solidum*, les complices paieront la part de l'insolvable et la victime ne perdra rien. De sorte qu'en n'admettant pas qu'une obligation solidaire de réparer le dommage pèse sur tous les codélinquants, on aboutit à ce résultat fâcheux que la condamna-

tion est par cela même inefficace et que la partie lésée se trouve incomplètement satisfaite.

Pour justifier le principe de la solidarité, il ne serait même pas besoin de supposer la complicité, il suffirait que les auteurs du délit se fussent réunis dans une action commune et qu'il fut impossible de déterminer la part de responsabilité de chacun. La Cour de cassation l'a admis pour un quasi-délit, à plus forte raison devrait-on l'accepter pour un délit (1).

On oppose à ce système la règle de l'article 1202 Code civil. Cet article dispose que la solidarité ne se présume jamais et qu'elle a besoin d'être expressément stipulée. Nous répondrons que cet article 1202 suppose une convention et que dans ce cas la partie qui invoque la solidarité doit s'en prendre à elle-même, si elle n'a pas été assez vigilante pour prévoir qu'elle en aurait besoin. Pourquoi ne l'a-t-elle pas stipulée en contractant ? Elle doit supporter la conséquence de son oubli ou de sa négligence. Dans l'espèce, c'est tout différent : il n'y a pas eu de convention, la victime ne pouvait pas se faire donner de garantie, par conséquent elle n'est pas en faute et on n'a rien à lui reprocher. Du reste, l'article 1202 dans son paragraphe deuxième, ajoute : « cette règle ne cesse que dans le cas où la solidarité a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi. » Que dit l'article 1382 Code civil ? « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le

1. Cass., 1 décembre 1868 ; S. 69, 1, 354.

réparer. » Cet article est bien la disposition de la loi qui impose la solidarité. Les délinquants, d'après l'article 1382, sont obligés de réparer le dommage qu'ils ont causé et tout le dommage, or, ce dommage est le même pour tous. Ils sont donc tenus chacun à la même chose et pour le tout. C'est là le principe de la solidarité, tel que le définit l'article 1200 Code civil (1).

Demandons-nous maintenant sur quels biens la condamnation doit être exécutée.

L'article 2093 dit « que tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers. » S'il n'y avait que cet article nous pourrions conclure que la victime qui a obtenu un jugement se fera payer l'indemnité qui lui a été accordée sur toute la fortune indistinctement du délinquant. Mais nous trouvons dans le Code civil d'autres articles qui rendent certains objets insaisissables et la question est de savoir si l'exécution du jugement sera poursuivie sur ces diverses catégories de biens.

La loi déclare inaliénables les biens dotaux et quoique l'article 1554 C. C. ne mentionne que les immeubles, une jurisprudence constante a étendu cette inaliénabilité aux meubles dotaux. L'article 580 C. Pr. met les rentes sur l'État au nombre des biens insaisissables. Les articles 581 et 582 C. Pr. ajoutent les provisions alimentaires

1. Sic : MM. Merlin, Delvincourt, Sourdat. — Amiens, 2 juin 1869 ; D., p. 69, 2, 181. — Cass. 25 juill. 1870 ; J. P. 72, 283. Contra : MM. Duranton, Toullier, Demolombe. Cass. 18 décem. 1878 ; J.P. 79, 133.

adjudgées par justice, les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le donateur ou le testateur, les sommes et pensions pour aliments ; l'article 592 C. Pr. cite les objets que la loi déclare immeubles par destination, le coucher nécessaire du saisi, celui de ses enfants, leurs habits, les livres servant à sa profession jusqu'à 300 francs, les marchandises et instruments servant à un enseignement pratique ou exercice des sciences et arts jusqu'à concurrence de la même somme, les équipements militaires suivant l'ordonnance et le grade, les outils des artisans, les farines et menues denrées nécessaires à sa consommation ou à celle de sa famille pendant un mois, etc... L'aliénabilité ou l'insaisissabilité de ces différents objets sont-elles un obstacle à ce que la victime se fasse rembourser sur le prix de leur rente, l'indemnité qui lui est due ? Nous croyons devoir distinguer.

Quant aux biens dotaux nous pensons qu'il faut faire exception au principe de l'aliénation. Roussilhe (1) disait : « lorsqu'une femme commet quelque délit et qu'à raison de ce, elle est condamnée à des dommages-intérêts et à des dépens, ces condamnations peuvent se prendre sur les biens dotaux, lesquels sont par là valablement obligés, parce qu'on ne doit pas laisser les forfaits impunis. » L'article 544 de la coutume de Normandie qui prononçait également l'inaliénabilité de la dot disposait que « là où la femme sera poursuivie pour *méfait* ou *médit* ou autre crime, la condamnation pourrait

1. T. 1, p. 494, n° 424.

se prendre sur tous les biens à elle appartenant, de quelque qualité qu'ils fussent. »

Il nous semble en effet impossible d'admettre que la loi ait voulu affranchir la femme de l'obligation de réparer le préjudice qu'elle a causé par ses délits ou quasi-délits. Si le Code civil a déclaré la dot inaliénable, c'est qu'il a voulu la protéger contre des dépenses exagérées consenties volontairement et qui la mettaient en péril. Il n'a eu en vue que les risques que ses biens pouvaient courir par suite d'une mauvaise administration, mais il n'a jamais eu l'intention de la protéger contre ses propres méfaits en lui accordant le droit de nuire à autrui, sans qu'elle n'en ressente aucun désavantage. Il ne l'a pas fait pour le mineur (art. 1310), pourquoi aurait-il été plus indulgent pour la femme ? Elle sait mieux que lui ce qu'elle fait, et doit par conséquent être plus prudente à s'abstenir de toute faute (1).

La cour de cassation a été plus loin, elle a admis par son arrêt du 20 juillet 1870 (2), que si la femme s'engageait volontairement en dehors d'une demande en justice à réparer le dommage causé par son délit ou son quasi-délit, son obligation devrait être exécutée sur ses biens dotaux.

Quant aux biens énumérés par les articles du Code de procédure et que nous avons rapportés plus haut, nous pensons que la loi ayant voulu, *humanitatis causa*, en défendant la vente de ces divers objets, laisser au saisi

1. Chambéry, 11 août 1868 ; D. P. 69, 2, 13.

2. S. 71, 1, 69.

quelques ressources pour veiller à sa conservation, qu'il serait bien cruel et aussi contraire à l'équité de le dépouiller de ces choses qui, du reste, la plupart du temps n'offriront qu'une valeur de peu d'importance.

§ 3. — *Étendue des réparations civiles.*

La réparation que doit fournir le délinquant consiste dans le paiement de dommages-intérêts. Cette réparation comprend non-seulement l'indemnité de la perte qui a été subie, mais aussi le gain dont la victime a été privée. C'est l'application de l'article 1149. « Les juges sont souverains appréciateurs en cette matière. Ils estimeront quelquefois que l'affiche du jugement aux frais du délinquant suffit comme réparation, c'est ce qui se présentera dans un procès en diffamation. D'autres fois, ils y ajouteront le paiement d'une somme d'argent, quand ils penseront que le tort fait à la réputation du plaignant lui a causé un préjudice appréciable en argent.

Celui qui a souffert d'un délit est en droit de réclamer, s'il y a lieu, outre des dommages-intérêts la restitution de l'objet qui a fait la matière du délit. Ainsi en cas de vol, le plaignant peut attacher une grande affection à l'objet qui lui a été soustrait et trouver un intérêt considérable dans sa restitution. Les dommages-intérêts qui lui seront alloués, seront alors la représentation du préjudice qu'il aura éprouvé par la privation momentanée de sa chose et le risque qu'il aura couru de la perdre.

Quel est l'effet de l'amnistie, quant à l'obligation de réparer? Suivant M. Legraverend (1), l'amnistie qui met en oubli le fait délictueux, qui le fait regarder comme non avenu est un obstacle à une réclamation de dommages-intérêts. L'auteur, étant amnistié, est par là complètement rétabli dans le même état où il se trouvait avant le jugement, partant il ne doit rien. Cette opinion est contraire à la jurisprudence et à ce qu'enseignent la plupart des auteurs. « Les attentats contre les individus et les propriétés particulières, dit M. Sourdat (2), sont moins facilement excusés par l'entraînement des circonstances que les attentats contre l'être un peu abstrait qui constitue le corps social. Tel est du moins l'état de nos mœurs et l'effet de l'ignorance des masses. C'est au nom du corps social que l'amnistie est donnée, dès lors il est naturel qu'elle respecte l'action privée. Celle-ci dans l'état normal des choses est indépendante de l'action publique, elle ne tombe pas dans le même domaine. Elle a lieu pour des faits qui ne seraient pas atteints par les lois pénales. Il importe donc peu que les lois soient momentanément suspendues à l'égard de certains faits. Le principe de responsabilité civile n'en doit pas moins subsister. » La cour de cassation s'est plusieurs fois prononcée en ce sens (3).

Si on décide ainsi pour l'amnistie à plus forte raison

1. Traité de la législation universelle t. 2, p. 765.

2. Traité de la responsabilité, n° 21.

3. Cass. 19 mai 1848 ; S. 48, 1, 513. — Cass. 9 février 1849 ; S. 49, 1, 240. — Grenoble 6 janvier 1870 ; D. P. 72, 2, 187.

doit-on l'admettre pour la grâce qui laisse subsister sans l'atteindre, la condamnation à des dommages-intérêts. Tandis que la première est une mesure générale qui efface le crime lui-même, celle-ci ne s'applique qu'à des individus particuliers et ne remet que la peine sans en supprimer les accessoires, comme la dégradation et les incapacités qui en résultent (1).

SECTION III

Extinction de l'action en responsabilité.

L'action en responsabilité s'éteint par une renonciation, faite par la partie lésée. Cette renonciation peut être expresse ou tacite. Elle est expresse, quand la victime s'engage verbalement ou par écrit à ne demander aucune indemnité pour la réparation du dommage qu'elle a souffert. Peut-être n'a-t-elle éprouvé qu'un préjudice insignifiant, peut-être aussi a-t-elle déjà reçu la réparation à laquelle elle avait droit.

Quand la victime a laissé passer un certain laps de temps sans agir, la loi présume qu'elle a renoncé tacitement à l'exercice de son action. Ce laps de temps varie suivant que l'action en réparation est née d'un délit civil ou d'un délit puni par la loi pénale : le délit est-il civil ? le délai est de

1. Cass. 10 avril 1849 ; S. 49, 1, 311. — Montpellier 17 août 1847 ; S. 47, 2, 283. — Cass. 30 janvier 1862 ; D. P. 62, 1, 199.

trente ans, on applique les règles ordinaires de la prescription (art. 2262, C. c.); au contraire, le fait dommageable est-il prévu et puni par les lois criminelles, le délai varie suivant qu'il constitue un crime, un délit ou une contravention. Il sera de un an, trois ans ou dix ans, l'action civile étant toujours prescrite en même temps que l'action publique (art. 2, 637, 638, 640. C. inst. cr.). Cette règle qui n'existait pas en droit romain, qui n'avait pas été admise par notre plus ancienne jurisprudence française, n'était plus contestée au temps de Pothier. Ecrite dans le Code de brumaire an IV, elle est passée dans notre législation moderne. Elle se justifie par un motif capital : il ne faut pas que la constatation de faits délictueux puisse se faire judiciairement à une époque où la justice répressive est devenue impuissante. Ce serait une sorte de scandale public. On donne encore d'autres raisons, mais qui sont d'une bien moindre importance.

Ainsi l'action civile est absolument subordonnée, quant à sa durée, à l'action publique sans qu'il y ait à distinguer, comme un savant auteur l'a soutenu, devant quelle juridiction elle est portée; que ce soit devant la juridiction répressive, accessoirement à l'action publique, ou devant les tribunaux civils, peu importe. On reconnaît aussi généralement que la durée de la prescription est la même à l'égard des personnes civilement responsables (1).

Il ne faudrait pas étendre outre mesure la règle qui

1. Cass. 13 mars 1868. S. 68, I, 356. Montpellier 10 janvier 1870. S. 70, 2, 143.

vient d'être posée. Il est certain qu'elle ne s'appliquerait pas à l'action qui pourrait appartenir à la partie lésée en vertu d'un droit antérieur et préexistant à la perpétration du fait dommageable, indépendamment de l'obligation de réparation à laquelle ce fait aurait pu donner naissance. Ainsi, en serait-il au cas d'abus de confiance, ou même, bien que cela paraisse plus délicat, de soustraction frauduleuse : les actions en répétition, en restitution ou en revendication appartenant au déposant, au mandant ou au propriétaire de la chose volée ne se prescrivaient que par trente ans.

Les causes d'interruption ou de suspension de la prescription sont les mêmes pour l'action civile que pour l'action publique ; en ce sens que la prescription de l'action civile ne saurait être interrompue par des actes qui n'auraient pas pour effet d'interrompre en même temps la prescription de l'action publique. S'il est vrai que tout acte d'instruction ou de poursuite émané de la partie publique interrompt l'une et l'autre action, à l'inverse, les actes de la partie civile seront absolument sans effet interruptif à l'égard de l'une comme de l'autre. Celles-ci sont unies dans le même sort, et le législateur, en écrivant l'article 637, a entendu que l'action civile ne pût dans aucun cas survivre à l'action publique. Cette raison seule suffit à nous faire repousser le système contraire. Il n'est pas plus exact de dire que ces actes conserveront les deux actions. Ce serait attribuer à des actes émanés de la partie privée une efficacité que la loi ne leur a jamais conférée à l'égard de l'action publique (1).

1. Sur cette question. Le Sellyer : Action publique et privée : II, n° 480.

CHAPITRE II.

L'OBLIGATION DE RÉPARER LE DOMMAGE RÉSULTANT DU FAIT D'AUTRUI.

L'article 1384 contient une disposition exceptionnelle : en règle générale, on ne répond que de son fait personnel. La loi suppose en faute les différentes personnes visées dans cet article. Il y a là une présomption légale, mais qui n'est pas la même pour toutes. Les pères, mères, instituteurs et artisans sont admis à faire la preuve contraire et à dégager ainsi leur responsabilité ; quant aux maîtres et commettants, la présomption est invincible ; on a voulu les exciter à mettre la plus grande attention dans le choix et la direction de leurs employés et domestiques.

Il va de soi que la responsabilité de ces différentes personnes ne saurait s'étendre aux peines, spécialement à l'amende encourue par l'auteur du délit. Elle est restreinte aux dommages-intérêts, aux réparations civiles et, ajoutons-le, aux dépens (art. 194, C. inst. cr.). La jurisprudence décide cependant d'une façon à peu près constante que cette règle doit recevoir exception en certaines matières, telles que celles de contraventions aux lois sur la douane et les contributions indirectes où l'amende est moins une peine qu'une réparation du dommage causé à l'État. Mais il a été jugé avec raison qu'en matière de délit de chasse, la

confiscation du fusil ou la condamnation au paiement de sa valeur ne rentre pas dans la classe des condamnations civiles dont le père d'un mineur doit être déclaré responsable (1).

Celui qui a été condamné comme civilement responsable a-t-il un recours contre l'auteur du dommage ? Oui, si ce dernier est lui-même responsable de ses actes, à moins encore qu'il n'ait agi par ses ordres, mais non, au contraire, si le délinquant était, à raison de son âge ou de son état de démence, absolument irresponsable. Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que le mineur arrivé à un degré suffisant de développement intellectuel n'est pas restituable contre les conséquences de son délit ou quasi-délit (Art. 1310. C. civ.) *Malitia supplet ætatem*.

SECTION I.

Responsabilité des père et mère.

Le père est responsable du dommage causé par son enfant, tant que celui-ci est mineur et habite avec lui. Peu importe qu'il soit émancipé : s'il continue de demeurer avec son père, la loi suppose que ce dernier a conservé sur son fils une influence suffisante pour le détourner d'actes délictueux ou quasi-délictueux.

L'article 1384 ne parlant que des enfants mineurs, que

1. Cass. 5 juin 1850. S. 50, I 815. *Sic.* Larombière n° 9. Contra Grenoble, 8 mars 1849, S. t. 50, 2, 229.

faudrait-il décider au cas où un fils majeur, mais en état de démence habiterait chez ses père et mère ? L'article 150 de la coutume de Normandie porte que « les parents doivent tenir en sûre-garde ceux qui sont troublés d'entendement pour qu'ils ne fassent mal à personne. » Merlin (1) soutient, à juste raison croyons-nous, que cet article a été abrogé par la loi du 30 ventôse an XII article 7 : « à compter du jour où les lois seront exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent code. » En outre cette disposition serait inconciliable avec l'article 490 C. c. qui autorise, mais n'oblige pas les parents des insensés et des furieux à provoquer leur interdiction. L'article 1384 énumère les personnes responsables du fait d'autrui et il restreint la responsabilité des parents aux actes d'un mineur qui habite avec eux, nous ne devons pas ajouter un nouveau cas.

Ce n'est pas à dire pour cela que les parents sont complètement affranchis de toute obligation à raison des actes dommageables commis par ces personnes majeures en état de démence. L'article 475 § 7 C. p. rend passible d'une amende et l'article 478 C. p. d'un emprisonnement en cas de récidive, ceux qui auraient laissé divaguer les fous ou les furieux placés sous leur garde. Dans l'espèce, la garde appartient aux parents, par consé-

1. Répertoire, V. Blessé § 3 n° 4 et Femme § 11.

quent une responsabilité les atteint en cas de dommage causé par leur enfant en état de démence. Remarquons que cette obligation de responsabilité ne vient pas du fait d'autrui, elle naît dans leur personne et ce n'est plus par l'application de l'article 1384, mais de 1382 qu'ils répondront à l'action civile que la victime intentera contre eux. Le résultat sera à peu près le même, mais les principes seront différents. En résumé les parents qui conservent chez eux leur enfant insensé ou furieux commettent un délit et non un quasi-délit en n'exerçant pas sur lui une surveillance assez active pour l'empêcher de nuire à autrui.

Après le décès du mari, la responsabilité civile incombe à la mère. C'est ce que décide l'article 1384. Bien qu'il ne parle que du décès nous devons en dire autant toutes les fois que, par suite de la suppression de la puissance paternelle, elle acquiert l'autorité. Ainsi dans les hypothèses des articles 141 C. c., 335 C. p. et en cas d'interdiction du père, de banissement ou de séparation de corps, si l'enfant a été remis à la mère, celle-ci en recevant la garde de son enfant, devient responsable de ses actes. Le Code n'a mentionné que le décès du mari, parce que c'est le cas le plus fréquent, et que les lois ne statuent que *de eo quod plerumque fit*. Comme les principes sont les mêmes et que décider ainsi est conforme à l'esprit du Code, il n'y a pas de raison pour ne pas le faire.

L'énumération des personnes désignées dans l'article 1384 C. c. est limitative, on ne peut pas l'étendre puis-

qu'il a pour effet d'attacher une présomption de faute à la qualité même de ces personnes (1) ; par conséquent, il ne faudrait pas y comprendre les oncles et tantes. Ils ne seraient pas responsables du dommage causé par leurs neveux habitant avec eux (2). Une exception est faite à cette règle en ce qui concerne le tuteur. L'article 450 C. c. lui ordonne de prendre soin de la personne du mineur et l'article 468 lui donne les moyens de correction en cas de mécontentement grave sur la conduite de l'enfant ; on peut dire qu'il remplace les parents et que, malgré le silence de l'article 1384 C. c. il doit être tenu à raison des délits de son pupille. C'est du reste ainsi que disposent certaines lois spéciales, notamment l'article 206 C. for., l'article 74 de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale et l'article 28 de la loi du 3 mai 1844 sur la chasse.

SECTION II

Responsabilité des maîtres et des commettants.

L'article 1384 § 2 dispose que les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques ou préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. La raison de cette décision est que les maîtres qui choisissent librement les gens qu'ils prennent à leur service, doivent s'assurer avec soin de la capacité,

1. Rouen, 13 novembre 1878 ; D. P. 80, 2, 38.

2. Cass. 24 mai 1855 ; D. P. 55, 1, 426.

de la probité et des aptitudes des individus qu'ils mettent en rapport avec les tiers. S'ils ont été négligents dans l'accomplissement de cette obligation, il est juste qu'ils subissent la conséquence de leur manque de vigilance. M. Sourdat (1) indique un second motif : « La liberté du choix, fait par le commettant dans la personne de son préposé, n'est pas le seul élément de la responsabilité qu'il encourt. A ce premier motif, il s'en joint un autre non moins déterminant. C'est le droit qui appartient au commettant de donner au préposé des instructions et même des ordres et de surveiller l'exécution du mandat qu'il lui a confié. De ce droit découle une obligation qu'il lui faut accomplir dans l'intérêt des tiers pour empêcher le préjudice que l'imprudence du préposé pourrait causer. »

La responsabilité du maître, pour les dommages commis par les gens placés sous ses ordres, n'existe que pour ceux qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions. En dehors de leur emploi, ces domestiques ou ces préposés n'obligent pas leurs commettants. C'est que l'on ne rencontre plus alors les raisons que nous avons indiquées plus haut. On ne peut plus dire que l'ordre a été mal donné ou qu'ils ont été mal surveillés ; partant il n'y a plus lieu de rendre leurs maîtres responsables.

Nous parlerons séparément des domestiques et des préposés, nous dirons ce que l'on doit entendre par ces mots, et quelles personnes ils désignent.

1. *Op. cit.*, n° 885.

§ 1. — *Des domestiques.*

On donne le nom de domestiques à tous ceux qui sont attachés au service d'un autre, soit de la personne elle-même ou de la famille, soit aux soins intérieurs du ménage, à la ville ou à la campagne, dans une exploitation rurale. Le maître est responsable de tous les délits commis par ces personnes dans l'exercice de leurs fonctions. Ils sont censés avoir agi par son ordre, il y a contrat tacite de mandat. Le maître n'est pas recevable à alléguer qu'il a ignoré le fait. S'il avait été plus vigilant, il l'aurait connu. Cependant nous devons faire exception pour le cas où le délit commis par le serviteur n'aurait aucun rapport avec son emploi. Ainsi, il a été jugé par la cour d'appel de Paris (1) que les maîtres ne peuvent pas être déclarés civilement responsables de la tentative de meurtre commis sur leur servante par un domestique en dehors des fonctions auxquelles il était employé à raison de ce qu'ils n'auraient pas pris de renseignements suffisants, avant de l'admettre à leur service. Il en est ainsi alors surtout que le crime a été amené par des dissentiments entre la victime et le coupable et qu'il a été inspiré par une pensée de vengeance particulière.

Est-on tenu de payer le prix des marchandises achetées en son nom et à crédit par son domestique, bien qu'on ne

1. Paris, 19 mai 1874; D. P. 74, 2, 214.

le lui ait pas commandé? Il semble que oui, car ce domestique est censé avoir reçu mandat de son maître. C'est, il faut le reconnaître, ce qui arrivera le plus souvent, néanmoins, il est bon de distinguer et de résoudre la question en fait.

Supposons que le maître ait l'habitude de payer comptant et qu'il n'ait pas prévenu le marchand de son intention, celui-ci serait assurément en faute en ne faisant pas attention à cette dérogation (1). En outre, que le domestique se soit fait livrer un objet d'une grande valeur et dont le maître ne se servait pas ordinairement, on pourrait dire que le marchand s'est rendu complice de la fraude du serviteur en lui livrant cette chose et par suite, il se verrait privé de recours pour le remboursement de ses avances. S'il a remis ce qu'on lui demandait, sans intention mauvaise, au moins a-t-il eu le tort de ne pas s'assurer auprès du maître, si son domestique agissait par son ordre. Mais nous le répétons, ce sont là des exceptions et le principe général est que le maître est obligé.

§ 2. — *Des préposés.*

Le sens du mot préposé est très large. M. Demolombe (2) désigne par là celui qui est employé par un autre à des soins, à des occupations, à des travaux intérieurs ou extérieurs, tels que les commis, surveillants, ouvriers, voitu-

1. Paris, 8 août 1872; D. P. 73-2, 187.

2. Traité des engagements qui se forment sans convention, n° 619.

riers, journaliers, manœuvres, compagnons, tous ceux enfin qui se trouvent envers le commettant dans une situation subordonnée de ce genre. On a même décidé qu'il faut y comprendre les clercs (1).

Un entrepreneur d'ouvrage n'est pas un préposé. Ainsi un propriétaire traite à forfait avec un architecte ou un maçon pour la construction d'un mur ou d'un bâtiment, si pendant son travail un ouvrier, par maladresse, laisse tomber une pierre sur un passant, il est certain que le propriétaire ne sera pas responsable de cet accident. L'ouvrier n'est pas sous ses ordres, mais sous ceux du maçon ; or, ce maçon n'est ni son domestique ni le préposé du propriétaire. C'est un individu avec lequel il a passé un louage d'industrie. Il n'existe entre eux que les rapports de bailleur à preneur (2). Nous ne déciderions pas de même, si le propriétaire s'était réservé la surveillance des travaux. Il se serait alors reconnu capable de les conduire, et l'entrepreneur, ainsi que ses ouvriers seraient passés sous ses ordres. Dans ce cas, ils seraient devenus ses préposés (3).

La partie lésée a une double action civile en responsabilité contre le commettant et contre le préposé, auteur du délit. Elle peut s'adresser à celui qu'elle préfère. Le propriétaire ne sera jamais poursuivi au criminel à moins

1. Cass. 2 décembre 1824 ; S. 25, 2, 196.

2. Cass. 17 mai 1865 ; S. 65, 1, 326. — Lyon 25 février 1867. S. 67, 2, 353.

3. Cass. 4 février 1880 ; S. 80, 1, 463.

qu'il ne se soit rendu complice du délit commis par son employé.

Il peut se faire que celui-ci ait le droit de demander sa mise hors de cause et échappe à l'action civile. Il en sera ainsi toutes les fois qu'on n'aura aucune faute personnelle à lui imputer. Par exemple, qu'un propriétaire envoie des ouvriers récolter des fruits dans un champ voisin du sien ; ils peuvent être tout à fait innocents du vol qu'on leur fait commettre. S'ils sont étrangers au pays, ils ne connaîtront pas les limites des propriétés de chacun et exécuteront les ordres qu'ils auront reçus, sans se douter qu'ils accomplissent une action répréhensible. A l'inverse, il arrivera quelquefois que le maître aura un recours contre son préposé. Il faudrait pour cela que le commettant n'eût ni ordonné ni conseillé l'acte dommageable. Il sera tenu d'indemniser la partie lésée, parce qu'il répond des gens qu'il prend à son service, mais il aura un recours contre eux, attendu qu'ils seront les vrais auteurs du délit et qu'ils auront par conséquent à supporter en dernier lieu les conséquences de leur faute.

SECTION III

Responsabilité des instituteurs et des artisans.

Une responsabilité analogue à celle des parents pour les délits commis par leurs enfants et des maîtres et commettants pour les actes préjudiciels occasionnés par le fait des

gens placés sous leurs ordres, existe à l'encontre des instituteurs et artisans, en raison du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. Cette condition est essentielle, ce n'est qu'autant qu'ils ont la surveillance de leurs élèves ou apprentis qu'ils répondent de leurs actes.

Le terme d'instituteur est pris ici dans son sens le plus large. Il s'applique à tous ceux qui sont chargés de l'instruction et de la surveillance de la jeunesse. Peu importe le nom de l'établissement où ces enfants reçoivent leur éducation, que ce soit un lycée, un collège, une pension, une institution privée ou de l'État, un séminaire ou une maison quelconque où on conduit les enfants pour les instruire et les élever. On pourrait objecter que dans ces établissements, la surveillance est divisée entre plusieurs maîtres adjoints au directeur principal, et se fondant sur cette idée, on pourrait soutenir que la responsabilité doit incomber, non pas au chef de la maison, mais à ceux qui sont préposés à la surveillance des élèves. Cette opinion ne devrait pas être admise. Le chef de l'établissement a la direction générale de tout le personnel. Il doit constamment se trouver en communication avec chacun d'eux pour leur donner ses instructions suivant leurs attributions respectives ; si ses devoirs sont multipliés et plus lourds, parce que sa vigilance doit s'étendre à un plus grand nombre de personnes et de faits, ce n'est pas une raison pour l'exonérer de toute garantie. Puisqu'il a des subordonnés pour l'aider dans l'accomplissement de sa mission, qu'il veille

sur eux. Il est leur commettant ; par suite, la responsabilité des accidents occasionnés par ses élèves lui incombe et il ne peut y échapper qu'en prouvant qu'il lui était impossible, même avec le plus grand soin, d'empêcher le fait de se produire (1).

Nous ferions exception pour ceux qui se rendent, plus ou moins souvent par semaine, chez les parents et y font un cours individuel à des élèves. La responsabilité de ces personnes passe aux parents, à moins toutefois que ces derniers ne réussissent à prouver que le délit a eu pour cause un défaut de surveillance, imputable à celui qui s'était chargé de l'éducation de leur enfant.

Nous n'aurions pas cette distinction à faire pour les apprentis, attendu que ces jeunes ouvriers se rendent toujours dans l'atelier de leur patron pour apprendre leur métier.

On controverse la question de savoir, s'il faut assimiler la responsabilité des instituteurs et artisans à celle des parents, et si elle n'est engagée qu'autant que ceux qu'ils doivent surveiller sont mineurs ? M. Duranton pense que non et en donne deux motifs principaux (2) : « La loi ne distingue pas, dit ce jurisconsulte, c'est à eux à ne point les garder chez eux, s'ils sont impuissants pour les surveiller, mais un père ne peut renvoyer son enfant de chez lui, quoique celui-ci fût majeur, puisqu'il lui doit des aliments. »

Cette opinion n'est pas la nôtre. Au premier argument

1. Douai, 13 janv. 1880. D. P. 81, 2, 82.

2. *Cours de dr. franç.*, t. 13, n° 721.

de M. Duranton, nous répondrons que la loi ne distingue pas parce qu'il n'y a pas lieu de distinguer. Il sera très rare qu'un instituteur soit chargé de l'éducation d'un majeur, de même un ouvrier qui aurait dépassé sa majorité ne serait plus apprenti. Généralement les élèves d'une école et les apprentis d'un atelier sont des enfants, or la loi, comme nous avons déjà eu l'occasion de le faire remarquer, ne statue que sur les cas ordinaires, *de eo quod plerumque fit* ; du reste par le mot surveillance l'article fait suffisamment connaître sa pensée. On ne surveille que les enfants et cette surveillance entre les mains de l'instituteur n'est qu'une délégation de l'autorité paternelle. Les parents ne la conservent que jusqu'à la majorité de leurs enfants, comment admettre que l'instituteur puisse l'exercer plus longtemps ?

M. Duranton ajoute que le chef d'une pension de jeunes gens peut chasser son élève de chez lui. Cela est vrai, mais un père peut en faire autant à l'égard de son fils majeur. S'il lui doit des aliments, cela ne permet pas de conclure qu'il doive le conserver, malgré lui, de façon à devenir responsable du dommage qu'il causerait. Disons encore que si, chose très rare, un majeur prenait la condition d'élève ou d'apprenti, il n'en resterait pas moins dans la même situation à l'égard de la société. Il ne ferait donc courir aucun nouveau risque au public, puisqu'il continuerait à répondre personnellement de ses actes (1).

1. Sic. MM. Sourdat, *op. cit.*, n° 877 et Demolombe, *op. cit.*, n° 607. — Contra, M. Toullier, art. 1384, n° 16.

Nous venons de voir les trois causes de responsabilité édictées par l'article 1384 ; jusqu'ici nous ne les avons examinées que séparément et isolément, comme elles ne s'excluent pas l'une l'autre, nous devons les réunir et les combiner, d'où la question suivante : étant donné que le même individu soit tout à la fois, mineur habitant chez ses père et mère, domestique ou préposé chez un maître ou un commettant, élève ou apprenti chez un instituteur ou un artisan, qu'il commette un délit, laquelle de ces personnes en répondra ? Quand le dommage a été commis par un domestique dans l'exercice de ses fonctions la responsabilité, par cela même qu'elle est spéciale et limitée, doit peser tout entière sur lui. Il serait même obligé vis-à-vis des parents de ce domestique, s'ils avaient souffert de son délit. A l'inverse ceux-ci seraient tenus à une réparation dans le cas où le délit aurait été commis par le serviteur en dehors de ses fonctions. Nous déciderons de la même façon, par analogie, pour l'élève d'un instituteur. Il rembourserait aux parents le dommage qu'aurait causé leur fils pendant le temps qu'il devait le surveiller, et réciproquement le père serait contraint d'indemniser l'instituteur pour le délit ou quasi-délit de son enfant, si cet enfant lui avait occasionné un préjudice, dans un moment où il échappait régulièrement à la surveillance de celui-ci.

CHAPITRE III

DU DOMMAGE CAUSÉ PAR LES CHOSES QUE L'ON A SOUS SA GARDE

Le Code, dans l'article 1384 énonce trois principes : il dispose que l'on est responsable du dommage causé par son propre fait, de celui qui provient du fait des personnes dont on doit répondre, et enfin des choses que l'on a sous sa garde. Le premier de ces trois principes a été précisé dans l'article 1382, C. C. trois cas d'application du second nous sont fournis dans 1384 et le dernier fait l'objet des articles 1385 et 1386. La responsabilité visée dans ces deux articles est relative aux animaux et aux choses inanimées.

L'idée qui domine cette matière est la suivante. Celui qui conserve des animaux ou des objets dangereux doit les surveiller avec attention et s'il reconnaît qu'il lui est impossible d'exercer sur eux une surveillance efficace, qu'il les abandonne ; mais, tant qu'il ne l'aura pas fait, il en répondra et, s'il arrive un accident, il sera juste et logique de faire retomber sur lui, plutôt que sur un étranger, les conséquences de son défaut de soin. Le principe est donc que chacun est responsable des défauts inhérents à sa chose.

La loi ne parle que des animaux et des bâtimens ; elle est incomplète, on peut être déclaré responsable à raison d'autres choses que l'on garde. Nous suivrons la division du code et nous traiterons ce sujet en deux sections. La première sera réservée à l'étude de l'article 1385, c'est-à-dire de la responsabilité à raison des animaux que l'on a sous sa garde, et la seconde à l'étude de l'article 1386 ou de la responsabilité des choses inanimées.

SECTION I

Responsabilité à raison des animaux que l'on a sous sa garde.

Un animal peut appartenir à une personne autre que celle qui s'en sert, comme un propriétaire et un usufruitier, ou un locataire, un usager. Qui répondra du dommage de cet animal ; le propriétaire ou l'usager ? D'après l'article 1385, ce doit être l'usager, puisque cet article dit que le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé soit qu'il fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé. L'usager peut être insolvable et la victime n'aurait dans ce cas qu'un recours illusoire, lui permettrait-on de se retourner contre le propriétaire et d'intenter une nouvelle action contre lui ? Elle aurait ce droit, si le propriétaire avait commis une faute, par exemple en

confiant imprudemment l'animal à une personne incapable de l'empêcher de nuire à autrui (1).

Dans ce cas, ce ne serait plus l'article 1385, mais l'article 1382 que l'on devrait appliquer puisque c'est par l'imprudence du propriétaire, fait qui lui est personnel, que l'accident est arrivé.

Quelquefois le dommage sera considéré comme n'ayant eu d'autre cause qu'une force majeure et, dans ce cas, personne n'en sera rendu responsable. La question de savoir quand il y aura une force majeure, sera le plus souvent une question de fait. Néanmoins parcourons quelques espèces et essayons de les résoudre à l'aide des principes.

Des bestiaux confiés à la conduite d'un enfant, comme cela se voit souvent à la campagne, attaquent un passant et le blessent mortellement, le propriétaire est-il responsable? Oui, a décidé la Cour de cassation (2), car connaissant les vices de ces animaux, il aurait dû les abattre ou les faire diriger par un homme assez vigoureux pour les maîtriser.

Un chien n'est généralement pas malfaisant, cependant, il existe des chiens furieux qui mordent sans provocation. Un propriétaire qui posséderait un chien de cette espèce, tomberait sous l'application de l'article 475, n° 7, § 1, Code pénal, lorsqu'il le laisserait circuler librement sur la voie publique et qu'il négligerait de le mettre dans

1. Sic : M. Demante n° 366 bis, § 1. — Cass. 13 août 1877 ; S. 79, 1, 472. — Cass. 3 décembre 1872 ; S. 72, 1, 402.

2. Cass. 24 mai 1810 ; S. 11, 2, 23.

l'impossibilité d'attenter à la sécurité individuelle (1). Au contraire nous pensons qu'il faudrait considérer comme le résultat d'un cas fortuit une morsure faite par un chien en état d'hydrophobie, si le maître ignorait la maladie de son chien (2).

En cas de provocation par la victime, on déciderait que la faute lui est seule imputable et nullement au propriétaire de l'animal. La victime ne devrait s'en prendre qu'à elle-même. Il a été jugé que le fait de plusieurs cavaliers de passer au galop sur une route à côté d'une voiture qui venait de les dépasser pouvait constituer une imprudence de nature à les rendre responsables des suites de l'accident dans lequel l'attelage avait été renversé par les chevaux effrayés (3).

La victime n'a peut-être pas provoqué l'animal ; mais elle s'est exposée à son attaque ; que décider dans ce cas ? Toullier (4) rapporte l'espèce suivante : « Un de ces chasseurs que rien n'arrête, franchit des clôtures, il est attaqué et blessé par un taureau, pourra-t-il demander au propriétaire la réparation du dommage ? Nous ne le pensons pas. Il n'avait pas le droit d'entrer dans le champ et le maître avait le droit d'y tenir son taureau. Le chasseur était donc seul en faute ; sans cette faute, il n'aurait pas été blessé ; c'est donc le cas d'appliquer la règle : *Quod quis ex culpa*

1. Cass. 19 décembre 1856 ; D. P. 57, 1, 76.

2. Cass. 23 décembre 1879 ; D. P. 80, 1, 134.

3. Cass. 7 novembre 1873 ; D. P. 74, 1, 195.

4. Le droit civil français, t. n° 346.

sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. L. 203 ; D. *de regulis juris*, L. 17. »

Peut-on vous déclarer responsable du tort causé par un animal que vous poursuivez à la chasse et qui, suivi par vos chiens courants, traverse en fuyant les propriétés voisines ? L'article 11, n° 2, paragraphe 3 de la loi du 3 mai 1844 est ainsi conçu : « Pourra ne pas être considéré comme un délit de chasse le fait du passage des chiens courants sur l'héritage d'autrui, lorsque ces chiens seront à la suite d'un gibier lancé sur la propriété de leur maître, sauf l'action civile, s'il y a lieu, en cas de dommage. » Il résulte de cet article qu'il n'y a pas là contravention aux lois sur la police de la chasse, mais que les dégâts doivent être réparés aux frais du propriétaire des chiens. La loi de 1844 n'a pas voulu considérer ce fait comme un délit, attendu qu'il n'est pas toujours possible de retenir des chiens courants et de les conduire où l'on veut ; si elle a laissé subsister l'action en responsabilité, ce n'est pas parce qu'elle y a trouvé l'application de l'article 1385 C. C., puisque le chasseur n'est pas encore propriétaire de l'animal qu'il poursuit, mais c'est parce qu'ayant causé par son fait un préjudice à autrui il doit le réparer, conformément aux articles 1382 et 1383 C. C. (1).

Une question souvent portée devant les tribunaux est celle de savoir, si un propriétaire est responsable des dégâts causés par des lapins qui habitent sur son champ ?

1. Cass., 26 mai, 1852 ; D., P. 52, 1, 286.

Nous croyons devoir distinguer entre une garenne et un bois. L'article 524 C. c. considère les lapins de garenne comme les accessoires d'un fonds et les déclare immeubles par destination. Le propriétaire qui construit une garenne et y entretient des lapins, les a en sa possession ; il en répond donc, d'après l'article 1385, comme de tout animal qu'il conserve (1). Au contraire celui qui possède un bois n'est pas plus propriétaire des lapins qui s'y trouvent qu'il ne l'est des oiseaux ou autres animaux sauvages : on ne peut pas invoquer contre lui l'article 1385. Toutefois si, dans un but voluptuaire, pour le plaisir de la chasse ou pour louer son bois, il a cherché à en augmenter le nombre, soit en en mettant, soit en négligeant de les détruire, soit encore en construisant des terriers, et que ce trop grand nombre d'animaux nuisibles cause du dommage aux héritages voisins, on peut dire qu'il a commis une faute et que, par son fait, il a nui à autrui. On ne se servira pas contre lui de l'article 1385 C. c. mais des articles 1382 et 1383 C. c. Ce ne sera plus comme propriétaire d'un bois peuplé de lapins, mais comme l'auteur d'une faute qu'il sera responsable des dégâts. Par conséquent la question change et devient celle de savoir s'il a ou non commis une faute. La jurisprudence décide que oui et avec raison, croyons-nous, quand, comme nous le disions plus haut, il a tout fait pour augmenter le nombre des lapins, et à l'inverse elle répond que non, lorsque le propriétaire a cherché à les

1. Cass. 7 mars 1849 ; S. 49, 1, 657. — Cass. 17 août 1880 ; S. 81, 1, 247.

empêcher de se multiplier outre mesure, qu'il s'est fait autoriser par le préfet à continuer la chasse après la fermeture, qu'il les a détruits au furet et au fusil, qu'il a ordonné des battues, qu'il a défoncé les terriers, qu'il a même autorisé les voisins à venir les chasser dans son bois.

Ce que nous avons dit du propriétaire est également vrai du locataire de la chasse (1).

SECTION II

Responsabilité à raison des choses inanimées.

L'article 1386 rend le propriétaire d'un bâtiment responsable du dommage causé par sa ruine, quand elle est arrivée par un défaut d'entretien ou par un vice de construction. L'article parle du propriétaire, faut-il, comme pour la responsabilité à raison des animaux, étendre cette disposition à l'usufruitier ou à l'usager? Nous ne le pensons pas, l'article 1386 n'est pas conçu dans les mêmes termes que l'article 1385 : « Le propriétaire d'un animal ou celui qui s'en sert », dit l'article 1385, tandis que l'article 1386 ne parle que du propriétaire. S'il était prouvé que l'accident est survenu par la faute de l'usufruitier qui a négligé d'entretenir le bâtiment ou qui s'est

1. Rouen, 10 mars 1858; D. P. 58, 3, 73. — Falaise, 9 février 1860; D. P. 60, 3, 32. — Cass., 17 février 1864; S. 64, 1, 109. — Cass., 3 février 1880; D. P. 80, 1, 304. — Cass., 1 mars 1881; S. 81, 1, 460.

opposé aux grosses réparations que le propriétaire voulait ordonner, la cause du dommage ne serait nullement imputable au défaut de soin du propriétaire, mais à la mauvaise volonté de l'usufruitier et nous accorderions un recours contre lui.

Le droit romain permettait au propriétaire d'un bâtiment tombé en ruines, d'abandonner les matériaux à celui qui avait souffert de sa chute et par cela même, il s'exonérait de l'obligation de réparer le dommage. Il n'en est plus de même aujourd'hui. Le Code en « le rendant responsable du dommage causé par la ruine du bâtiment » fait suffisamment comprendre qu'il déroge à cette règle.

La disposition de l'article 1386 est générale et tous ceux à qui l'accident a nui ont droit à une réparation. C'est ainsi que les locataires dont les meubles ont été détruits peuvent réclamer une indemnité pour la perte qu'ils ont éprouvée.

Quant à l'usufruitier, nous distinguerons. La ruine a-t-elle été amenée par son défaut d'entretien, loin de réclamer une indemnité, c'est lui au contraire qui, comme nous l'avons dit plus haut, devrait garantir le propriétaire; la ruine a-t-elle eu lieu par vice de construction du bâtiment ou par vice du sol, le propriétaire serait responsable aux termes de l'article 1386. Par cette expression bâtiment, l'article comprend toute espèce de construction, comme un mur, une charpente, une cheminée etc. Il faut même aller plus loin et décider d'une façon générale que l'on répond de tout dommage causé par une chose inanimée qui vous

appartient. Ainsi la disposition de l'article 1386 n'est qu'un exemple, et c'est pourquoi le législateur a cru pouvoir se borner à citer parmi les accidents de ce genre celui qui est le plus fréquent.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'ABORDAGE

Nous nous proposons dans la seconde partie de traiter de l'abordage. Ce sujet vient naturellement compléter les explications que nous avons données sur les obligations qui naissent d'un délit et d'un quasi-délit, puisqu'il est lui-même tantôt un délit, tantôt un quasi-délit.

Son étude offre aussi un grand intérêt aujourd'hui que par suite du développement de la navigation et de la valeur considérable des navires, les collisions en mer sont si fréquentes et les dommages qui en résultent si importants. Nous diviserons ce traité en six chapitres, dans lesquels seront examinés les caractères de l'abordage, à quoi on distingue ce sinistre des autres événements de mer, comment et dans quelles proportions les capitaines, les armateurs et les chargeurs contribuent à la perte, dans quel délai et par quelles formalités, ils font reconnaître leur droit ; enfin nous terminerons ce travail par une comparaison entre notre législation et celle des pays maritimes, voisins de la France.

CHAPITRE I

QUAND IL Y A ABORDAGE.

En droit maritime, on appelle abordage le choc de deux navires. Le Code de commerce, dans les articles 350, 407, 435 et 436, a réglementé cette matière d'une façon spéciale. Les règles qu'il nous donne sont très rigoureuses, nous ne devons pas les étendre à d'autres cas. Il y a donc une très grande importance à savoir reconnaître quand il y a abordage dans le sens précis de la loi, et à ne pas confondre cet accident avec d'autres fortunes de mer qui peuvent endommager un navire par suite d'un heurt quelconque.

La condition essentielle pour qu'il y ait abordage est un choc entre deux vaisseaux. Peu importe du reste que ce choc ait eu lieu par imprudence, ignorance ou méchanceté de l'un des capitaines ; peu importe également qu'il ait été produit par cas fortuit, comme par la violence du vent, ou occasionné par un défaut de surveillance. Ces distinctions nous serviront plus tard, quand nous réglerons la question d'indemnité, mais elle n'ôte pas à l'avarie son caractère d'abordage.

Il faut un choc ; par conséquent, pas d'abordage quand un vaisseau passant auprès d'une barque de pêcheur,

occasionne un remous qui la fait chavirer. Ce choc doit avoir lieu entre deux navires. Si une embarcation se trouve entraînée par le courant ou par le vent contre une estacade, une balise ou une tonne et heurte en passant un de ces ouvrages, l'avarie qu'elle essuyera ne sera pas un abordage. La jurisprudence et la doctrine avaient toujours décidé ainsi (1), quand un jugement du tribunal de Cognac (2); vint apporter un changement à cette façon de juger. Voici l'espèce : un navire chargé en destination de Québec et de Montréal fut accosté par un énorme bloc de glace. Ce bloc fit sauter les rivets, éventra les plaques de bordage au-dessous de la ligne de flottaison et il y fit un trou qui permit à l'eau de pénétrer abondamment par la cale de l'avant. La cargaison fut avariée et les chargeurs assignèrent les assureurs qui n'avaient garanti que le dommage pouvant résulter de l'*abordage*, échouement ou incendie. Le tribunal de commerce de Cognac jugea qu'un *abordage* avait eu lieu.

Le jugement était motivé sur ce que d'après le sens grammatical des mots *abordé*, *abordage*, ces expressions s'entendaient non-seulement du choc de deux navires, mais encore du choc d'un navire sur une masse quelconque immobile ou flottante, et qu'ainsi on dirait correctement qu'un vaisseau a été abordé par les glaces. Il ajoutait

1. Alanget, comm. du C. co. t. 5, n° 2366. — Dalloz, J. g. V. dr. marit., n° 2292. — Bordeaux 17 mars 1830; S. 34, 2, 339. — Douai 13 mai 1859; D. P. 18, 3, 46, note 5.

2. Cognac 4 février 1876; D. P. 78, 3, 46.

que l'article 8, titre IV de l'ordonnance de la marine de 1681 n'employait ces mots que dans ces sens : « considérant, disait-il encore, que lorsque le législateur notamment dans l'article 407 C. civ. a voulu parler de l'abordage de deux navires, il s'est servi de l'expression « *abordage de navires* », ce qui eût été complètement inutile, si le mot *abordage* avait signifié par lui-même le choc de deux vaisseaux. »

Nous n'acceptons pas cette opinion. Dans l'ancien droit, on entendait par *abordage*, d'après la définition des lexiques et des commentateurs, la rencontre de deux navires qui se heurtaient et s'accrochaient. Le Code de commerce n'aurait pas changé le sens de ce mot, sans nous en avertir formellement.

Si l'article 407 dit « *abordage de navires* », ce n'est pas pour indiquer que l'abordage peut résulter autrement que du choc de deux vaisseaux, comme le suppose à tort le jugement du tribunal de commerce de Cognac ; mais bien pour spécifier que ses dispositions ne s'appliquent qu'aux bâtiments de mer. En parlant de navires, le législateur se rappelait le titre 1, du livre II : « DES NAVIRES ET AUTRES BATIMENTS DE MER. » Il voulait par là distinguer deux espèces d'abordages, l'abordage maritime et l'abordage fluvial ; il réglait le premier et laissait le second régi par le droit commun. Et cela est si vrai, qu'à la lecture de cet article 407 C. com., on comprend aussitôt qu'il faut que deux vaisseaux se heurtent pour qu'il y ait abordage. Cela résulte d'abord de ce que dans l'article le mot navires est au

pluriel, d'où vient cette conséquence que le législateur n'a pas eu en vue le heurt d'un navire contre un corps quelconque ; ensuite quand on voit que cet article règle que si l'évènement a été fortuit, le dommage est supporté sans répétition par celui des navires qui l'a éprouvé, tandis que si l'abordage a été fait par la faute de l'un des capitaines, le dommage est payé par celui qui l'a causé, il devient évident que là où deux navires ne se sont pas heurtés, là peut se trouver un échouement, mais pas un *abordage* dans le sens entendu par la loi et les jurisconsultes (1).

Quand l'abordage est-il maritime ou fluvial ? C'est là une question de fait. Pour la résoudre, il faut se demander en quel lieu l'accident est arrivé. Le choc procède-t-il de la rencontre de deux embarcations naviguant dans des lacs, étangs ou rivières non salés, l'abordage est fluvial. Ailleurs, il est maritime. Un règlement de 1853 indique pour chaque rivière le point où commence la salure des eaux. On doit considérer comme maritimes les parties d'un fleuve ou d'une rivière affluant directement ou indirectement à la mer, lorsque les eaux de ce fleuve ou de cette rivière sont salées, qu'elles subissent l'action de la marée. Il en est ainsi, alors surtout qu'elles se trouvent comprises en deçà des limites tracées par les règlements sur l'inscription maritime (2).

Nous ne nous occuperons que de l'abordage maritime,

1. Marseille, 23 décembre 1880 ; J. Mars. 81. 1. 69. — Nantes, 7 mai 1881. J. Mars. 82. 2. 112.

2. Rouen, 4 mai 1880 ; D. P. 81, 2, 121.

l'abordage fluvial étant régi par le droit commun, on appliquera ce que nous avons dit dans notre première partie sur les délits et les quasi-délits. Remarquons simplement que la jurisprudence a varié au sujet de la compétence. Plusieurs arrêts ont décidé que l'action en réparation du préjudice causé devait être portée devant les tribunaux civils, d'autres ont jugé que les tribunaux de commerce pouvaient être saisis. Nous pensons qu'une distinction est nécessaire. Si le navire abordeur est employé à une opération de commerce, les tribunaux consulaires sont compétents (1) : si au contraire, le capitaine ou patron, par la faute duquel le choc a été produit est à bord d'un yacht ou d'un bateau de plaisance, c'est-à-dire d'une embarcation ne se livrant pas à un acte de commerce, le demandeur doit agir devant un tribunal civil.

1. Amiens, 4 mai 1858 ; S. 58, 2, 635. — Cass., 24 août 1863 ; S. 63, 1, 497.

CHAPITRE II

QUEL NAVIRE SUPPORTE LE DOMMAGE.

Le Code de commerce dans l'article 407 règle trois cas d'abordage ; ses dispositions sont insuffisantes. Cela tient à ce que le Code a en grande partie copié l'ordonnance de 1681 sur la marine et les auteurs qui l'ont commentée. A cette époque, la navigation n'avait pas le développement qu'elle a atteint depuis ; le nombre des navires était inférieur à celui que nous comptons aujourd'hui, leur marche était lente, impossible en temps de brouillard : de là peu de collisions. Il n'en est plus de même à notre époque. La marine a fait bien des progrès, la découverte de la vapeur lui a rendu de grands services, les vaisseaux ont augmenté leur vitesse, ils dirigent leur marche plus sûrement, sillonnent la mer dans tous les sens, vont contre vent et marée, malgré la brume et le calme. Un plus grand nombre suivent la même route. On comprend que les sinistres soient plus nombreux.

Le bureau Veritas a fait connaître la quantité de navires perdus pendant l'année 1881. Dans cette statistique, nous relevons le chiffre énorme de seize cent quarante bâtiments à voiles et de cent quatre-vingt-onze vapeurs. Les navires français figurent pour un total de cent quarante-cinq voi-

liers et de dix-neuf vapeurs. Le mois d'octobre a été particulièrement funeste pour les marins, nous voyons en effet que, dans ce seul mois, deux cent trente-six navires à voiles, dont dix-sept français, et trente-deux vapeurs, dont deux français, ont péri.

Le Code est donc insuffisant, il a besoin d'être complété. Étudions d'abord les cas qu'il a prévus, puis à l'aide des principes, nous essaierons de résoudre les autres hypothèses.

SECTION I

Cas prévus par le Code de commerce.

L'ordonnance de la marine ne contenait que deux articles sur la réparation du dommage causé par un abordage. L'article 10, titre VII, livre III était ainsi conçu : « En cas d'abordage de vaisseau, le dommage sera payé *également* par les navires qui l'auront fait et souffert soit en route, en rade ou au port. » L'article suivant apportait une exception : « Si toutefois l'abordage avait été fait par l'un des maîtres, le dommage sera réparé par celui qui l'aura causé. »

Valin rapporte qu'une controverse s'élevait sur le mot *également* contenu dans l'article 10. Cet article a deux sens : il peut vouloir dire que les navires paieront le dommage chacun par moitié ou seulement à raison de la valeur de chaque navire. Ce jurisconsulte préfère la première

opinion et en donne la raison suivante : « C'était le moyen le plus propre à rendre les capitaines ou maîtres de navires extrêmement attentifs à éviter tout abordage, surtout ceux des bâtimens faibles et plus susceptibles d'être incommodés par le moindre choc, en leur rendant toujours présente la crainte de supporter la moitié du dommage qu'il en pourrait recevoir. Et si l'on dit qu'il aurait été plus simple et plus court de laisser pour le compte particulier d'un chacun le dommage qu'il aurait reçu, comme provenant d'un cas fortuit, la réponse est qu'alors le capitaine d'un gros navire n'aurait plus craint de heurter les bâtimens d'une beaucoup moindre force que le sien ; rien donc de plus juste que la contribution par moitié (1). »

Telle était la doctrine de Valin. Un abordage avait-il eu lieu par cas fortuit, ou ignorait-on lequel des deux capitaines en avait été l'auteur, chacun supportait la moitié du dommage. Était-il arrivé par la faute de l'un d'eux, celui-ci payait toutes les réparations.

Emérigon avait une théorie tout autre. Ce jurisconsulte distinguait trois cas d'abordage (2). « Celui qui arrive par cas fortuit, celui qui arrive par la faute de quelqu'un et celui qui arrive sans qu'on puisse savoir par la faute de qui. » Dans le premier cas, chaque navire garde son mal ; dans le second, l'auteur répare tout le dommage ; dans le troisième, on fait deux parts et chacun supporte la moitié des avaries. Emérigon accorde au mot *également* employé

1. Valin, *ord. de la marine*, p. 177.

2. Assurances et contrat à la grosse.

par l'article 10 de l'ordonnance un sens différent de celui que lui donne Valin. Il croit pouvoir décider de cette façon, car, dit-il, ce n'est pas le seul cas où le partage ait lieu. Il en est ainsi chaque fois qu'il est impossible de reconnaître exactement l'auteur du sinistre, et il rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 2 mai 1686, qui se prononça en ce sens, pour un incendie de deux moulins voisins.

Le Code avait à choisir entre ces deux théories tout-à-fait opposées. Il rejeta celle de Valin, pour adopter celle d'Emérigon. C'est ce que nous voyons dans l'article 407, Code com. Comme Emérigon, cet article distingue trois cas d'abordage, et donne des solutions différentes dans chacun de ces cas. Nous suivrons le Code et étudierons séparément ces trois hypothèses en détail.

§ 1. — *Abordage fortuit.*

L'abordage est fortuit, lorsqu'il résulte d'un cas de force majeure, ou d'un événement qu'il n'était pas au pouvoir des gens de l'équipage d'éviter. Ainsi on peut supposer que la force du courant ou la violence de la tempête jette deux vaisseaux l'un sur l'autre. Dans un abordage fortuit, le capitaine abordeur est à l'abri de toute action, on n'a rien à lui reprocher, c'est un cas fortuit.

Chaque bâtiment supporte ses avaries sans recours contre l'autre. C'est ce que décide l'article 407 § 1, C. com.
« en cas d'abordage de navires, si l'évènement a été pure-

ment fortuit, le dommage est supporté sans répétition par celui des navires qui l'a éprouvé. »

Cette décision est fondée sur ce que « quand l'abordage est un pur effet du hasard, qu'on ne peut imputer ni à l'intention ni à la maladresse, ni à la négligence de personne, alors c'est un événement dont quelqu'un peut souffrir, mais dont nul ne doit répondre (1). » On applique le principe : *res perit domino*. Il arrive quelquefois que la violence de la mer fait démarer les navires et les jette sur d'autres bâtiments auxquels ils font des avaries plus ou moins considérables. D'après ces principes les dommages sont pour les navires qui les ont reçus ; de même si pour éviter un naufrage, un capitaine ordonnait de couper les câbles d'un navire mouillé sur sa route, il ne répondrait, ni de ce dommage, ni de ses suites. Il peut se faire qu'une embarcation se trouve embarrassée dans les filets des pêcheurs, sans qu'il y ait faute du capitaine et qu'il ne se présente aucun moyen de la débarrasser, autrement qu'en coupant les câbles et les filets. Aucune indemnité n'est due. « La nécessité de sauver notre bien, dit Puffendorf (2), nous donne aussi le droit de gâter le bien d'autrui, s'il n'y a pas de la faute de celui dont le bien court risque de périr et s'il ne se trouve aucune autre voie plus commode pour le sauver. »

Dans ces hypothèses les juges auront toujours à apprécier dans quelle situation se trouvait le capitaine abordeur,

1. Exposé des motifs.

2. Du dr. de la nat. et des gens II, 6, § 8.

ils rechercheront s'il n'y a aucune négligence à lui reprocher et si les événements étaient réellement fortuits. Pour cela, ils ordonneront une enquête, vérifieront les papiers de bord, interrogeront les passagers et les gens de l'équipage.

§ 2. — *Abordage provenant de la faute.*

On dit que l'abordage est fautif, quand il est arrivé par la faute du capitaine ou des gens placés sous ses ordres. L'article 407 § 2 met à la charge du capitaine abordeur toutes les avaries qui ont été produites par sa faute. Comment saura-t-on s'il y a eu faute ? Quelquefois cette question sera délicate et on aura de la peine à déterminer la responsabilité de chacun.

Il faut savoir qu'il y a à ce sujet des usages et des règles que tous les capitaines doivent suivre. Ces usages sont indiqués pour la plupart par Émerigon (1). Quelques-uns concernent l'entrée et la sortie des ports ou rades d'un accès difficile.

Lorsque deux navires tentent en même temps l'entrée d'un port, le plus éloigné doit attendre que le plus proche ait franchi le passage. Celui qui sort du port le dernier doit prendre soin à celui qui est sorti avant lui. Si un autre vaisseau se présente, il doit le laisser entrer avant de sortir.

1. *Traité des assur.*, ch. XII, sect. 14, § 2.

Ces coutumes seraient insuffisantes, si à côté d'elles, il n'y avait des règlements. Le gouvernement français, après s'être entendu avec le gouvernement de la Grande-Bretagne prescrivit certaines règles par un décret de 1862. Elles furent modifiées en 1869 et en 1873. Enfin en 1879, un règlement international établit de nouvelles mesures afin d'éviter les abordages.

Il fut rendu exécutoire en France par un décret du 4 novembre 1879. Ce règlement contient des règles relatives à la route et à la manière de gouverner en cas de rencontre, aux feux à allumer pendant la nuit, enfin aux signaux phoniques que l'on doit faire entendre par temps de brume et de brouillard.

Quand deux navires à voiles suivent des routes qui les rapprochent l'un de l'autre, de manière à faire craindre un abordage, l'un des deux doit s'écarter de l'autre d'après les règles suivantes. Le navire qui court large doit s'écarter de la route de celui qui est au plus près. Le navire qui est au plus près, babord amures, doit s'écarter de la route de celui qui est au plus près tribord amures. Si les deux navires courent large, mais avec des amures de bords différents, le bâtiment qui a le vent par babord s'écarte de celui qui le prend par tribord. Si les deux navires courent large, ayant tous deux le vent du même bord, celui qui est au vent doit s'écarter de la route de celui qui est sous le vent.

Des dispositions spéciales régissent la marche des navires mus par la vapeur. Quand ces bâtiments courent,

ayant le cap l'un sur l'autre, ils doivent venir chacun sur tribord afin de se laisser mutuellement à babord.

La nuit tous les vaisseaux portent un feu vert à tribord et un feu rouge à babord. Ces deux feux sont disposés de manière à n'être aperçus que de leur bord. Les navires à vapeur ont en outre un feu blanc au mât de misaine à six mètres, au moins, du plat bord.

En temps de brume ou de brouillard, tout navire à voiles, lorsqu'il est en marche, doit faire entendre les signaux suivants avec un cornet, à des intervalles de deux minutes au moins : un coup, lorsqu'il est tribord amures ; deux coups, l'un après l'autre, quand il est babord amures ; trois coups, l'un après l'autre, quand il a le vent arrière. Un navire à vapeur fera entendre un coup prolongé de son sifflet à vapeur ou de tout autre mécanisme de vapeur à des intervalles n'excédant pas deux minutes.

Lorsqu'ils sont mouillés, les navires à voiles ou à vapeur sonnent une cloche à des intervalles de deux minutes au plus.

L'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la Belgique, le Chili, le Danemarck, l'Espagne, les États-Unis, la Grande-Bretagne, la Grèce, l'Italie, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, la Russie et la Suède ont adhéré à ce règlement. Il serait à désirer que toutes les nations agissent de même.

En France, la violation d'un article de ce règlement, quand il n'en est résulté aucun accident, n'est punie que d'une contravention. Cette sanction peut ne pas paraître suffisante, quand on pense à quelle effroyable catastrophe,

l'oubli d'une de ces mesures peut conduire. Aussi un projet de loi déposé en ce moment au Sénat, a pour but de rendre passible d'une amende de 50 à 300 francs et d'un emprisonnement de six mois à deux ans, tout capitaine qui se sera rendu coupable d'une infraction à ce règlement. En outre, le projet de loi, tel qu'il a été présenté par le Gouvernement, établit des tribunaux spéciaux chargés de rechercher et de punir les coupables. Ce projet n'ayant pas encore été discuté par le Sénat, nous ne croyons pas devoir nous étendre davantage sur ses dispositions.

Les capitaines ne pourront pas toujours suivre ces usages et ces règlements, quelquefois ils se trouveront dans la nécessité de s'y soustraire. Il y aura là une présomption contre eux et tant qu'ils ne l'auront pas fait tomber en prouvant la force majeure qui les a empêchés de s'y conformer, l'abordé les invoquera contre eux (1). L'étude de ces dispositions servira donc au juge à reconnaître l'auteur de l'accident et à déterminer celui qui en est responsable. Quand par sa faute ou par l'inobservation volontaire des règlements, un capitaine aura amené une collision, il supportera seul le dommage souffert par les deux navires. Cela s'entend également des avaries arrivées à la cargaison. Le propriétaire de la marchandise et les assureurs auront une action contre lui pour se faire indemniser des pertes qu'ils auront subies. Nous reviendrons sur ce sujet avec plus de détails, au chapitre IV, quand nous expliquerons les effets de l'abordage par rapport aux tiers.

1. Cass. 28 juin 1881, D. P. 81, 1, 337.

Il est bon cependant de remarquer que dans le cas même où on reconnaîtrait une contravention à la charge du capitaine contre lequel l'action serait dirigée, la responsabilité ne devrait pas, pour ce seul fait, être prononcée nécessairement. Une contravention emporte une simple présomption de faute, qui peut être combattue par la preuve contraire, soit pour l'écarter, soit pour l'établir suivant que le contrevenant est l'auteur ou la victime du dommage. Seulement cette preuve doit être rapportée par celui qui l'invoque, ce qui dispense le demandeur en responsabilité de l'obligation d'établir la faute du défendeur, lorsque la contravention est constatée à la charge de ce dernier, puisqu'il est alors présumé en faute.

Ces principes, qu'il est utile de rappeler à propos du règlement dont nous donnons plus haut l'analyse, ont été consacrés autrefois par la Cour de cassation dans une espèce où il s'agissait justement de sinistres maritimes. La présomption de faute, a jugé cette cour, qui résulte d'une contravention et qui rend le contrevenant passible de la conséquence des accidents survenus à sa suite, peut être combattue par la preuve contraire. Le contrevenant qui durant la contravention, a souffert un dommage, est admis à établir que ce dommage est indépendant de la contravention et doit être attribué exclusivement à la faute de son auteur. Ainsi la Cour de cassation a décidé (1) que si des bateaux naviguant à une heure prohibée par un arrêté

1. Cass. 7 janv. 1852; D. p. 52, 1, 19.

préfectoral pris pour prévenir les accidents (avant le lever du soleil, dans l'espèce) ont été rencontrés par un autre bateau auquel ne s'appliquait pas la prohibition et dont le choc les a fait sombrer, le contrevenant, victime du dommage, est recevable à prouver, à l'effet d'en obtenir la réparation, que l'accident a eu pour cause, non sa contravention, mais une fausse manœuvre et une grave imprudence, sauf à tenir compte de la contravention dans la fixation des dommages-intérêts encourus.

§ III. — *Abordage douteux.*

L'abordage douteux est celui qui ne résulte pas d'un cas fortuit ni de la faute constatée de quelqu'un. Une faute a été commise, mais il est impossible d'en connaître l'auteur.

L'article 407 § 3 C. com. semble contenir une disposition générale qui s'applique à tous les cas dans lesquels il y a doute sur les causes de l'abordage soit que ce doute existe quant au fait même qui a été la cause de l'abordage, cas fortuit ou faute, soit qu'il existe quant aux auteurs d'une faute alléguée. Cette opinion qui a été admise par la Cour de cassation (1) se fonde sur ce que le législateur a disposé pour le cas où il y a doute sur les causes de l'abordage, après avoir réglé les conséquences du cas fortuit et de la faute; d'où c'est entre ces deux termes, cas fortuit ou faute, que s'est concentrée la pensée de la loi. Le doute

1. Cass. 30 juin 1875; D. p. 75, 1, 403.

dont il s'agit ici serait donc le doute entre le cas fortuit et la faute, et non le cas fortuit étant écarté, le doute sur l'imputabilité de la faute.

Nous ne pensons pas que cette opinion soit la vraie. Les causes de l'abordage étant inconnues, on doit le présumer produit par cas fortuit. Que celui qui invoque la faute d'un capitaine, en fasse la preuve : *onus probandi ei incumbit qui dicit* ; s'il n'y parvient pas, comme la faute ne se présume pas, les juges devront décider que la force majeure a seule causé le sinistre. Il peut se faire que le défendeur prouve qu'il n'y a pas eu cas fortuit ; alors nécessairement quelqu'un est en faute, mais il ne parvient pas à indiquer celui qui a manqué de vigilance. C'est dans ce cas que s'applique le troisième paragraphe de l'article 407. C'est là l'espèce qu'il prévoit. La doctrine est généralement de cet avis (1).

M. de Courcy (2) n'approuve pas cette disposition de l'article 407 § 3 C. com. : « c'était revenir au partage, à la cote mal taillée de l'article 10 de l'ordonnance, hors les cas où la force majeure est manifestement démontrée. C'était violer les règles de la preuve, en dispensant le demandeur en réparation d'un dommage, de prouver la faute alléguée, en obligeant au contraire le défendeur à prouver la force majeure. C'était venir en aide aux embarras d'information, aux perplexités, souvent à l'incompétence nau-

1. Sic. MM. Delvincourt, Inst. de dr. comm. t. 2, p. 272 note 19 ; Dalloz, J. g. v. dr. marit. n° 1138 ; Bedarride, comm. marit. t. 5, art. 407 n° 1773.

2. Quest. de dr. marit. p. 189.

tique, mais aussi à la paresse du juge. Il est si commode de ne pas se trouver suffisamment éclairé, en étant dispensé par la loi de s'éclairer davantage et de déclarer du haut de son siège qu'on conserve des doutes sur les causes de l'abordage. » M. de Courcy reconnaît que souvent il sera difficile de juger ces questions de fait auxquelles donne lieu un sinistre maritime. Il faut savoir apprécier des manœuvres nautiques, on ne trouvera pas chaque fois des témoins désintéressés et le juge n'aura pas toujours les connaissances suffisantes. De là une inclination naturelle qui le portera à douter. On fera de la justice arbitraire et on partagera le dommage. Il vaudrait mieux renvoyer les parties dos à dos faute de preuve et laisser chaque navire supporter ses dommages. « Qu'on veuille bien remarquer, conclut cet auteur, qu'il faut qu'une condamnation personnelle souvent ruineuse, intervienne contre un homme, contre un capitaine, lequel proteste qu'il est innocent de la faute qu'on lui impute. Si un bateau à vapeur, valant un million, a été englouti dans un abordage, il importera fort peu au capitaine du navire abordeur d'être condamné à un million ou à en payer la moitié. Il soutiendra n'avoir commis aucune faute. Le juge se conformant au troisième paragraphe de l'article 407 C. Com. lui dira par sa sentence : il ne m'est pas prouvé que vous ayez commis une faute ; il ne m'est pas prouvé davantage que vous n'en ayez commis aucune. J'ai du doute, et conséquemment, je vous fais la grâce de vous condamner à ne payer que cinq cent mille francs, en réparation de cette faute, qui n'est

pas prouvée. Devant la loi, ce sera irréprochable, devant le bon sens, ce sera, je me permets de le dire, absurde. »

Nous voulons bien croire que ce troisième paragraphe de l'article 407, C. com. est dangereux, mais nous ne pouvons pas admettre qu'il conduira aux graves inconvénients que signale M. de Courcy. Nous nous refusons à supposer que le juge, par paresse ou même par incompetence, fasse de la justice arbitraire. Il peut se faire que, d'une part, l'absence d'un cas fortuit soit évidente et que, d'autre part, la culpabilité du défendeur ne puisse pas être établie. Il était donc nécessaire que la loi prévît et régit un troisième cas : celui où on ne pouvait pas découvrir l'auteur de la faute. D'où viendra cette impossibilité de découvrir le coupable ? Des faits eux-mêmes ; non pas des dépositions plus ou moins embrouillées ou intéressées des témoins, ni de l'incapacité du juge à estimer l'opportunité des manœuvres. Ce dernier point lui sera facile à connaître, au moyen d'un rapport qu'il se fera faire par des marins. Il comprendra les ordres donnés par les capitaines au moment de l'événement, il se fera expliquer l'effet qui devait en résulter et, par là, il appréciera sagement leur conduite. Le doute ne viendra donc pas de là. Il résultera de causes multiples. Ainsi le sinistre s'est produit la nuit et personne n'a rien vu ; on ne sait ce qui a été commandé ; ou bien l'équipage, les passagers, ceux qui pourraient servir de témoins sont morts ; enfin le doute résultera du caractère même de l'abordage.

M. de Courcy ne voit qu'un moyen d'expliquer cette

disposition de la loi. « Il est évident qu'une pareille idée n'a pu venir au législateur que parce que, encore une fois, il ne soupçonnait pas la possibilité des grandes catastrophes. Il visait seulement ces petites avaries, souvent réciproques, que se font deux navires en se heurtant dans les ports ou à l'entrée des ports, tout le démontre dans l'article 407, jusqu'à ce dernier paragraphe au moins inutile qui le complète bien singulièrement : « dans ces deux cas, l'estimation du dommage est faite par experts. » Croit-on vraiment que si les deux parties étaient d'accord sur le chiffre du dommage et ne disputaient que sur la responsabilité, un tribunal serait obligé de nommer des experts pour estimer le dommage? Non certes. En revanche, si les parties ne sont pas d'accord sur le chiffre, il est bien clair que le tribunal ne l'estimera pas sans s'éclairer. Mais quels seront les experts qui estimeront le dommage fait à un navire englouti au fond de la mer ou à une cargaison pareillement engloutie? Ce dernier paragraphe est une véritable naïveté dont le seul mérite est de montrer que le législateur n'avait eu en vue que des avaries partielles, susceptibles d'être expertisées. »

En effet ce dernier paragraphe était inutile. Le juge n'avait pas d'autres moyens pour estimer la perte que de recourir à une expertise. Faut-il conclure que cette addition à l'article 407 C. com. prouve que l'article n'a eu en vue que les petites avaries qui pourraient se produire à l'entrée des ports par le choc de deux navires? Cela ne nous paraît pas admissible. La loi ne dit pas que les experts estiment

le dommage fait aux navires, elle s'exprime ainsi : « l'estimation du dommage est faite par experts. » Quel dommage ? Le dommage causé à celui qui intente l'action en responsabilité. Le mot dommage ne s'entend pas seulement de quelques avaries, il y a dommage même quand la chose a péri tout entière. Le dommage qu'éprouve le propriétaire de cette chose n'en est même que plus grand.

Si la loi avait dit que les experts estimaient le dommage fait aux navires, nous prendrions le mot dommage comme synonyme d'avarie et nous traduirions : les experts estimeront les dégâts du navire, c'est-à-dire la moins-value qu'il a maintenant, après la collision.

S'il en était ainsi, il faudrait supposer que le navire n'a pas sombré, qu'il existe encore, mais détérioré. Or, de la façon dont est rédigé l'article 407, on ne peut pas raisonner de cette façon. Le dommage dont il parle, s'entend de la perte que subit le propriétaire du navire ou de la marchandise. Au reste, l'article 1382 qui renferme le principe de notre matière emploie les mêmes termes. « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé par son fait. » Cet article comprend évidemment toute perte que l'on fait éprouver à autrui. Par conséquent, l'article 407 peut aussi bien s'appliquer quand la catastrophe fait couler le navire au large que quand, à proximité de la côte, elle ne lui cause que quelques dégâts sans importance.

Dans le cas d'abordage douteux, les dégâts sont mis dans une portion égale à la charge des deux navires. On ne tient pas compte de la valeur des deux bâtiments. S'ils

sont d'un tonnage différent, le plus petit supportera la même part que le plus gros. Cette répartition conduit à ce résultat bizarre qu'un vaisseau qui aura subi de très grosses avaries ne paiera qu'une indemnité à peine sensible, vu sa valeur, tandis qu'une légère embarcation qui n'aura été que faiblement endommagée contribuera pour une part très importante. Valin répond que ce moyen est le plus expéditif, il évite les lenteurs et les difficultés occasionnées par l'estimation des deux navires; en outre, il augmente la vigilance des capitaines en les menaçant toujours de les rendre responsables de la moitié de la perte.

La disposition exceptionnelle de l'article 407, § 3 n'est applicable que dans les cas où il y a doute sur les causes du sinistre. S'il est possible au juge du fait de reconnaître que l'abordage a été le résultat de la coexistence de fautes respectivement commises par les capitaines, le dommage doit être payé par ceux qui l'ont causé, chacun en proportion de sa faute. C'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation en 1880 (1).

Le 11 juillet, le capitaine Ménier, commandant à bord du bateau à vapeur la *Rance* naviguait dans le chenal en avant du port de Saint-Malô, se dirigeant vers cette ville, lorsque à la jonction des deux passes il vint heurter par son arrière l'étrave du *Dispatch*, faisant le service de Saint-Malô à Dinan et commandé par le capitaine Clément. Le tribunal de Saint-Malô condamna le capitaine Ménier à

1. *Revue de dr. comm.* 81 2. 321.

payer tous les dégâts ; celui-ci interjeta appel. La cour de Rennes infirma le jugement. Elle estima que si le capitaine Ménier était en faute, le capitaine Clément n'était pas à l'abri de tout reproche, comme ayant trop accéléré sa marche et pour avoir manqué de surveillance. Mais sa faute n'avait pas la gravité de celle du capitaine de la *Rance* et n'engageait pas au même degré sa responsabilité. Aussi ne mit-elle à sa charge que le tiers des avaries, le reste devant être supporté par le capitaine Ménier. Un pourvoi en cassation eut lieu. La Cour de cassation décida que la cour d'appel de Rennes avait bien jugé, attendu que la disposition exceptionnelle de l'article 407 § 3 C. co. ne statue que pour le cas où il y a doute sur les causes d'abordage ; que s'il est possible au juge du fait de vérifier les causes et de reconnaître que la collision a été le résultat de la coexistence de fautes respectivement commises par les deux capitaines, le dommage, aux termes de l'article 1382 C. c., de l'article 407 § 3 C. co. et d'après les principes en matière de responsabilité, doit être payé par ceux qui l'ont causé, dans la mesure d'imputabilité et suivant la part de responsabilité qui leur incombe.

La disposition de l'article 407 § 3 est spéciale aux navires, elle ne concerne pas les chargeurs. Plus loin, au chapitre IV, nous le prouverons et nous en donnerons la raison.

SECTION II

Cas non prévus par le Code de commerce.

Comme nous l'avons dit, le Code de commerce n'a prévu que trois cas d'abordage ; il en a oublié un très-grand nombre. Nous n'avons pas la prétention de passer en revue toutes les hypothèses qui peuvent se présenter ; la liste en serait trop longue. Nous nous bornerons à donner quelques explications sur les points qui offrent le plus d'intérêt et sur lesquels la jurisprudence a eu le plus souvent à se prononcer.

§ 1. — *Abordage arrivé par la faute des deux capitaines.*

L'article 407 C. co. ne contient pas ce cas. Le paragraphe 2 de cet article ne prévoit que la faute de l'un des capitaines. Il faut régler cette hypothèse au moyen des principes généraux.

M. Sibille est d'avis de distinguer. Les fautes ont été commises par les deux capitaines successivement ou simultanément. L'ont-elles été successivement, le capitaine, auteur de la plus grave, doit supporter tout le dommage, comme s'il avait été seul à la commettre ; on rentre dans l'hypothèse du § 2 de l'article 407. La double faute a-t-

elle été commise en même temps, sans qu'il soit possible de savoir à qui on doit imputer la plus grande, il y a lieu de partager le dommage, de la même façon que pour un abordage douteux.

Cette théorie ne nous paraît pas conforme à l'esprit du code. Comment assimiler la faute commune au cas où il y a des doutes? Le cas douteux, pour l'article 407 § 3 C. co., suppose qu'une faute a été commise par un seul, mais qu'il est impossible de déterminer lequel est l'auteur. Ici c'est différent, tous deux sont en faute et on le sait parfaitement. Il n'y a aucun doute dans l'espèce. En outre, la disposition de l'article 407 dans son troisième paragraphe est exorbitante, la loi ordonne de réparer les avaries à frais communs; sans un texte formel, il ne nous est pas permis de l'appliquer.

Un autre système a été proposé; nous ne l'acceptons pas davantage. Il consiste à considérer dans cet événement le résultat d'une force majeure et à appliquer le premier paragraphe de l'article 407, C. co. Chacun supporterait ses propres avaries. On raisonne ainsi : puisqu'il y a fautes communes, elles se compensent, on peut les considérer comme n'ayant pas eu lieu et dire qu'il y a force majeure. Ceci n'est pas juste; pour qu'il y ait compensation, il faut deux fautes égales de la même gravité. Autrement il est faux qu'une faute en compense une autre, elle peut la diminuer, l'excuser en partie, mais elle ne la supprime pas. Au reste, ce système n'est pas rationnel. Il admet qu'il y a faute et tend à prouver que l'événement est dû à un cas

fortuit. Ce raisonnement n'est pas logique et nous ne pouvons pas l'admettre.

Nous préférons, dans le silence du Code, nous en rapporter au droit commun. C'est toujours ce que l'on doit faire, quand on ne trouve pas un texte spécial. La loi n'ayant rien dit, on appliquera les règles générales sur la responsabilité. D'après l'article 1382, C. c., tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. En se conformant à cette disposition, il faut rendre chaque capitaine responsable du dommage, en proportion de la gravité de la faute qui lui est imputable (1).

§ 2. — *Abordage entre un navire à voiles et un bateau à vapeur.*

Bien que l'article 407 ne distingue pas, quand il dit : « en cas d'abordage de navires », il est bien certain que le Code n'avait en vue, quand il a été rédigé, que les navires à voiles. Nous l'avons déjà fait remarquer, à cette époque la navigation par la vapeur n'était pas connue comme aujourd'hui. Cependant, quoiqu'il soit certain que le Code ne réglemeute que les bâtiments à voiles, il n'y a pas de raisons pour ne pas appliquer aux vapeurs les règles qu'il donne, et nous pensons qu'on doit le faire.

Il est bon toutefois de faire remarquer que comme ces

1. Cass. 15 nov. 1871; S. 71, 1, 183. — Cass. 30 juin 1879; D. P. 81, 1, 172. — Cass. 20 juillet 1880; D. P. 81, 1, 458.

navires se meuvent et se dirigent plus facilement que les voiliers, il y aura souvent lieu d'être plus sévère dans l'appréciation de la conduite de leur capitaine. C'est ainsi qu'un jugement du tribunal de commerce du Havre (1) rappelait qu'un bateau à vapeur devait être assimilé en navigation maritime à un navire à voiles qui aurait vent arrière, et il en concluait que quand il rencontrait un navire à voiles, naviguant au plus près, il lui importait de prendre toutes les précautions nécessaires pour l'éviter. Dans un fleuve, les vapeurs doivent prendre soin de ne pas heurter les bateaux ou chalands qu'ils rencontrent, et, suivant ce qui a été jugé, ils ne sont pas recevables à alléguer qu'ils ne les ont pas aperçus. Ils ralentiront leur vitesse et marcheront de façon à être toujours en mesure de stopper, si la nécessité s'en fait sentir, principalement dans les tournants des fleuves.

§ 3. — *Abordage entre un remorqueur et un autre navire.*

Le Code n'a pu encore prévoir cette hypothèse, puisqu'à l'époque où il fut voté il n'existait pas de remorqueurs. On ne peut cependant pas s'en référer à l'article 407 C. com., car il y a là une situation extraordinaire.

La collision peut être produite par le navire remorqueur ou par le navire remorqué. Que ce soit l'un ou l'autre, comme ils ne sont pas complètement maîtres de leur di-

1. Havre, 12 janvier 1857 ; Jour. d'Anv., 57, I, 314.

rection, mais qu'ils sont obligés de se conformer tous les deux à une marche uniforme, il semble que la responsabilité doit être partagée ; d'un autre côté, il est positif qu'ils conservent un certain mouvement qui leur est propre, ainsi l'un peut appuyer à tribord ou à babord, sans que l'autre accomplisse exactement cette manœuvre, et alors on peut soutenir que les règles ordinaires leur sont applicables. Que faut-il donc décider ?

Il est impossible de poser un principe général. Il arrivera souvent que le navire remorqué choquera un autre vaisseau, sans être, pour cela, le véritable auteur de la collision, et réciproquement. Tout dépendra de la manière dont la marche des deux navires, remorqueur et remorqué, aura été combinée, et du degré de liaison ou d'indivisibilité qui aura existé entre eux. Aussi nous pensons que la question devra être résolue en fait.

Dans le sens légal, l'abordage s'entend et ne peut s'entendre que du choc survenu entre deux navires. C'est ce choc que régit évidemment l'article 407 C. com. Comment concevoir en effet, qu'on puisse à son occasion rechercher un navire qui n'a été ni abordeur ni abordé ? Mais aussi, comment demander compte du sinistre au bâtiment abordeur si trainé à la remorque, et sans aucune faute de son capitaine, il n'est venu se précipiter sur l'autre navire que par le fait de son remorqueur ? N'est-il pas juste alors de considérer celui-ci comme l'auteur de l'abordage, et de lui en faire supporter les conséquences ?

La Cour de Rouen s'est prononcée pour l'affirmative

dans un arrêt du 26 juillet 1871. Voici l'espèce : Le vapeur *la Ville de Nantes*, mouillé sur les bords de la Seine, fut abordé et coulé, pendant la nuit, par le navire norvégien le *Grimstadt*, marchant à la remorque du *Mexico*. Le propriétaire de *la Ville de Nantes* assigna les capitaines de ces deux navires devant le tribunal de commerce de Rouen. Le commandant du *Grimstadt* appela en garantie le capitaine du *Mexico*. Celui-ci conclut au rejet et au mal fondé des demandes principale et en garantie. Le tribunal de commerce de Rouen accorda gain de cause au propriétaire de *la Ville de Nantes* et mit toutes les avaries à la charge du capitaine du *Mexico*. Ce dernier intenta appel devant la Cour de Rouen. Cette Cour reconnut qu'il y avait doute sur les causes de l'abordage et dit que le préjudice serait réparé à frais communs par les deux navires, remorqueur et remorqué. On se pourvut en cassation. Le capitaine du remorqueur soutint que sa responsabilité résultait de l'article 1382 Code civil et que par suite on ne pourrait pas se baser sur un simple doute pour la prononcer, qu'il fallait prouver sa faute. La Cour de cassation (1) rejeta ce moyen. Elle déclara que l'article 407, § 3 qui, en cas de doute sur les abordages, met la réparation du dommage à frais communs et par égales portions à la charge des navires qui l'ont fait et souffert, pourrait, au cas où le choc avait eu lieu par un navire remorqué et, si le propriétaire de ce navire était mis hors de

1. Cass., 23 avril 1873; S. 73, 1. 1,365.

cause, comme n'étant pas en faute, être appliqué au bateau remorqueur, bien qu'il n'ait pas touché par lui-même le bâtiment abordé.

Il est difficile en effet de ne pas considérer le remorqueur comme le véritable auteur du sinistre. C'est lui qui dirige le navire remorqué. Celui-ci est obligé d'obéir à l'impulsion qu'il lui donne, et pour cela il doit s'abstenir de toute manœuvre contraire à la sienne. C'est donc bien le remorqueur qui a dirigé le mouvement, partant il doit être responsable, s'il a été mal conduit. Au reste, à quoi servirait de condamner le remorqué à des dommages-intérêts, il aurait assurément un recours contre le remorqueur, on aboutirait à un circuit d'actions, n'est-il pas plus simple de condamner de suite à des dommages-intérêts celui qui doit les supporter en dernier lieu.

Les propriétaires des navires remorqueurs ont l'habitude de stipuler qu'ils ne répondront pas des accidents, imputables ou non à leur faute, et qui pourraient résulter des remorquages effectués par eux. Cette clause est nulle, on ne peut pas stipuler qu'on ne répondra pas de sa faute, ni de son fait. Une pareille convention serait contraire à l'ordre public. Aussi la Cour de Rouen (1) a-t-elle jugé que toutes les fois qu'il y a faute de la part des remorqueurs, ceux-ci, malgré leurs stipulations contraires, doivent en subir les conséquences.

Cette clause ne restera pas cependant tout à fait impro-

1. Rouen, 26 mai 1852 ; *Gaz. des trib.*, 3 juin 1852.

ductive d'effets. Elle servira , dans l'hypothèse de l'article 407, § 3 C. com. En cas de doute, les remorqueurs se retrancheront derrière cette stipulation, et le demandeur aura besoin de prouver leur faute, pour établir leur responsabilité (1).

Nous verrons au chapitre suivant que les articles 435 et 436 C. Co., ont soumis l'action en indemnité pour dommages causés par un abordage à certaines formalités. Les déchéances établies par ces articles sont de droit étroit et ne visent pas la matière qui nous occupe puisqu'elle n'a pas été prévue par le Code de commerce. On ne doit donc pas les appliquer en cas d'abordage occasionné par un remorqueur. Il a été jugé que ces articles nes'appliquaient pas non plus à l'action intentée par le capitaine d'un navire remorqué contre le capitaine du navire remorqueur, qui avait largué sa remorque au moment de la collision. Dans ce cas, l'action en indemnité, étant fondée non pas sur l'abordage, mais sur l'inexécution du contrat de remorquage, échappait à la déchéance des articles 435 et 436. Le contrat de remorquage constitue surtout un contrat de transport, par suite le capitaine du navire remorqueur est de droit responsable de la perte du navire remorqué à moins qu'il ne prouve que cette perte est le résultat d'un cas fortuit ou de force majeure. Il ne lui suffirait pas d'établir que s'il a largué la remorque, c'était pour conjurer le péril où il avait été mis lui-même par l'abordage, il faut encore qu'il

1. Rouen, 15 janv. 1846; S. 47, 2, 347.

prouve que cet abordage ne lui est pas imputable. Le remorqueur ne peut pas invoquer, vis-à-vis du remorqué, les présomptions de cas fortuit, généralement admises en cas d'abordage entre l'abordeur et l'abordé. Il ne pourrait même pas se contenter d'établir que l'abordage est dû à la faute du capitaine de l'autre navire, s'il n'a pas par des protestations régulières conservé son droit d'agir contre ce dernier et s'il n'est pas resté en situation d'en faire profiter le remorqué (1).

§ 4. -- *Abordage de deux navires dont l'un a un pilote à bord.*

Lorsqu'un navire entre dans un port, dirigé par un pilote, on peut se demander à qui incombe la responsabilité de ses mouvements. S'il heurte un autre navire, qui du pilote ou du capitaine supportera le dommage? La question a été discutée.

Les capitaines déniaient leur responsabilité. Ils se fondaient sur le décret du 12 décembre 1806, article 34, qui leur ordonne de prendre un pilote, lorsque leur navire jauge plus de quatre-vingts tonneaux. Ils soutenaient que n'étant plus libres à bord, mais obligés de se conformer aux ordres du pilote, ils cessaient de répondre des événements. En effet la cour de Bordeaux (2) a jugé qu'une fois pourvu de pilote le capitaine n'avait pas le droit de s'opposer aux

1. Pau, 12 mars 1878; S. 79. 2, 267. — Cass., 27 janv. 1880; S. 82, 1, 201.

2. Bordeaux, 23 février 1829; J. g. v. dr. marit. n° 1098.

mesures, que, sous sa responsabilité, ce pilote jugeait propres au salut du navire et du chargement.

Cette décision n'est plus admise aujourd'hui, ni par la doctrine ni par la jurisprudence. La présence à bord d'un pilote lamaneur décharge le capitaine d'une partie de sa responsabilité, mais elle ne l'en affranchit pas entièrement. Le décret de 1806, dans son article 34, ne rend pas l'office des pilotes inévitable, il oblige seulement le capitaine à payer les frais de pilotage. Le capitaine n'en reste pas moins *à bord maître après Dieu*, et s'il suit les conseils du pilote, c'est qu'il les juge utiles et qu'il les approuve.

« Le capitaine, dit M. Beussant (1), doit surveiller le pilote. Celui-ci peut s'enivrer, s'emporter de colère contre l'équipage, se prendre de dispute. Le capitaine doit être là pour maintenir la paix, faire obéir au pilote et, s'il s'aperçoit que celui-ci perd la tête par quelque cause que ce soit, s'il commande des manœuvres dangereuses et une direction qui conduise le navire à sa perte évidente, il doit réunir l'équipage et, après délibération, qui sera plus tard consignée sur le livre, reprendre le commandement ou momentanément, ou jusqu'à l'arrivée, et s'opposer par la force même à un danger qui pourrait compromettre la vie des hommes et le salut du navire et de la cargaison. On peut même dire que la responsabilité du capitaine partagée, diminuée, ne cesse jamais entièrement. Il peut y avoir telle faute du pilote qu'il lui ait été impossible d'éviter ; mais il

1. Code marit. t. 1., p. 383.

peut aussi y avoir tel cas où il eût pu empêcher la faute grave du pilote et alors il serait personnellement responsable, il n'aurait pas le droit de s'abriter peureusement derrière l'autorité du pilote ; il serait coupable de n'avoir pas employé tel moyen de salut qu'un homme d'intelligence et d'honneur devait employer ; il serait punissable de sa négligence. »

Un arrêt du conseil d'État (1) est conforme à cette doctrine. Il décide que le capitaine qui a pris un pilote pour obtempérer à l'article 34 du décret du 12 décembre 1806 n'en conserve pas moins le commandement, et dès lors il est responsable des manœuvres. La cour de Rennes (2) s'est également prononcée en ce sens. Aux raisons que nous venons d'énumérer, elle ajouta un autre motif. En supposant que le ministère de ces pilotes lamaneurs fût forcé, cette mesure de précaution prise par l'autorité, dans l'intérêt bien entendu de l'armement et pour la garantie des suites de l'inexpérience probable des capitaines, dans la navigation de l'entrée des rivières, ne saurait être retournée contre les tiers auxquels le navire aurait fait du dommage, pendant la présence à bord du pilote lamaneur. Pourtant cet inconvénient existerait, si ces tiers n'avaient plus en ce cas d'action que contre les pilotes, qui ne sont pas ordinairement fortunés.

Le projet de la commission nommée en 1867, pour

1. Cons. d'État, 15 janvier 1875 : D. P. 75, 3, 97.

2. Rennes, 3 août 1832 ; J. g. v. dr. marit. n° 2295.

venir au secours de la marine, concluait en ce sens et demandait que ce principe fût sanctionné par une loi.

§ 5. — *Abordage entre un navire et un bateau de pêche sur son chalut.*

Un chalut est un filet de forme conique, monté de façon à trainer, au fond de la mer, sur une partie de sa surface. Il est amarré au bateau pêcheur au moyen d'un câble.

Le décret du 4 juillet 1853, article 55, autorise cet engin de pêche dans le premier arrondissement maritime, celui de Cherbourg. Le décret fixe la dimension des mailles et la distance de la côte à laquelle il est permis d'en faire usage.

Il est facile de comprendre qu'une embarcation qui remorque un chalut se trouve gênée dans ses manœuvres et ne puisse que très difficilement changer sa route. Son gouvernail n'a plus d'effet et ce n'est qu'en filant l'amarre qui remorque le chalut que l'on arrive à modifier légèrement sa direction. Cette opération ne produit, le plus souvent, que des résultats insuffisants, quand il faut éviter un obstacle. En outre, relever son chalut demande du temps et le pêcheur ne pourrait pas toujours le faire, avant l'arrivée du navire qui menace de l'aborder. Aussi est-il admis que le bateau pêcheur doit être considéré comme mouillé et l'obligation de se garer incombe, non pas à lui, mais à ceux qui le rencontrent.

Le navire en marche qui n'évite pas un bateau de pêche

sur son filet est responsable des avaries qu'il lui cause. Il ne peut s'en exonérer sous le prétexte que l'abordé aurait peut-être pu, au moment de l'abordage, faire une manœuvre qui en aurait atténué la gravité (1). Il doit réparer non-seulement les dommages matériels, mais aussi tous les préjudices qui ont été la conséquence immédiate et directe de l'événement. En perdant leur barque, c'est-à-dire leur instrument de travail, les abordés éprouvent un chômage qui les prive du produit de la saison de pêche. Il est de toute justice de les indemniser de ce préjudice (2).

Ces principes sont applicables au cas de pêche pendant la nuit, lorsque le bateau pêcheur est muni de son feu réglementaire.

1. Havre, 18 nov. 1865; *Recu. de jur.*, du H. 65, 1, 229.

2. Havre, 7 avril 1860; *Recu. de jur.*, du H. 60.2, 94.

CHAPITRE III

ACTIONS RÉSULTANT DE L'ABORDAGE

Un abordage fautif ou douteux donne lieu à une action en réparation du dommage causé. Les articles 435 et 436 en subordonnent l'exercice à certaines conditions ; nous allons les étudier. Comme ces articles ne trouvent leur application que si l'action est portée en France, nous devons commencer par rechercher dans quels cas un tribunal français est compétent.

Nous examinerons donc trois points principaux dans ce chapitre : la compétence du tribunal, à quelles conditions la réclamation de l'indemnité peut être faite, puis les fins de recevoir que peut opposer la partie adverse.

SECTION I. — *De la compétence.*

Cette question de la compétence est double. Il ne suffit pas de savoir dans quel cas on agira en France. Étant admis que le capitaine abordeur peut être poursuivi chez nous, il faut encore connaître devant quel tribunal il sera assigné. Il est bon d'étudier ces deux points en deux paragraphes. Dans le premier nous nous demanderons quand

l'action peut être portée en France et dans le second quel est le tribunal compétent.

§ 1. — *Quand le capitaine peut agir en France.*

Chaque fois que le défendeur sera français, l'action devra être portée en France. C'est une application de ce principe : *actor sequitur forum rei*. Ceci se présentera, lorsque la collision aura eu lieu entre deux navires commandés par des capitaines français, ou dont l'un, l'abordeur, sera français. Il n'y a là aucune difficulté.

Supposons l'abordeur étranger et l'abordé français. A ne consulter que l'art. 14 C. c., les tribunaux français seraient encore compétents. « L'étranger, dit l'art. 14 C. c., pourra être traduit devant les tribunaux français pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français. » On objecte que ces expressions *obligations par lui contractées* semblent indiquer que l'article vise une obligation née *ex contractu*, or, ici elle tire sa source d'un délit ou d'un quasi-délit.

La question s'est présentée en 1842, devant les tribunaux. Le navire anglais *Britannia* aborda le navire français le *Phénix* et lui causa d'importantes avaries. Le *Phénix* assigna le capitaine anglais au tribunal de commerce du Havre. Celui-ci opposa l'incompétence, en se basant sur les raisons que nous venons d'énoncer. Le tribunal retint l'affaire; la Cour de Rouen jugea en appel et confirma le jugement.

La Compagnie anglaise, propriétaire du *Britannia*, se pourvut en cassation. La Cour rejeta le pourvoi sur les motifs suivants (1). Cette affaire où il ne s'agissait que d'intérêts privés était régie non par les principes généraux du droit des gens, mais par les règles positives du droit civil français ; par conséquent, il y avait lieu de s'en tenir au Code civil. Or le mot *obligation* dans l'article 14, C. c. n'est limité, ni modifié par aucune expression, il doit donc être entendu dans le sens générique et absolu qui lui appartient en droit. Il s'applique dès lors à toutes les obligations, quelles qu'en soient la nature et la cause, aussi bien à celles qui sont contractées par une convention volontaire, qu'à celles qui résultent du fait de celui qui ayant commis un délit ou un quasi-délit est obligé, suivant l'expression de l'article 1382, C. c. à réparer le dommage qu'il a causé.

En 1856, la Cour d'appel d'Aix eut de nouveau à s'occuper de cette question et rendit un arrêt conforme au précédent (2).

Que décider, si les deux capitaines sont étrangers ? Le Code est muet. Nous distinguerons suivant le lieu où le sinistre est survenu. La rencontre a pu se produire dans les eaux françaises ou en pleine mer.

Dans le premier cas, il faut décider que le tribunal français est compétent. L'action s'est passée sur le territoire français, et une nation doit la justice à tous ceux qui se

1. Cass. 13 décembre 1842 ; S. 43, 1, 15.

2. Aix, 12 mai 1857 ; S. 57, 2, 721.

trouvent sur son territoire. En outre, c'est là que l'importance des avaries sera constatée et appréciée, les règlements locaux devront être consultés pour estimer la faute de chacun. Comprendrait-on que les capitaines fussent obligés de plaider chez eux, dans un pays souvent fort éloigné, quand il leur est beaucoup plus facile et plus économique de vider leur différend au lieu même de l'accident ? Les y contraindre serait un déni de justice. C'est du reste, ce qui a été jugé par le tribunal de commerce de Rouen, à la date du 15 novembre 1843 (1).

Un capitaine anglais assigné par un autre capitaine anglais en réparation du dommage occasionné par un abordage en rade du Havre, soutenait que des juges français n'avaient aucune juridiction sur deux étrangers, surtout quand ceux-ci étaient de la même nation. Le tribunal de Rouen retint l'affaire attendu qu'il s'agissait de matière commerciale et que le fait s'était passé dans les eaux françaises. Si nos codes se taisent sur la compétence des tribunaux français en pareil cas, il ne s'en suit pas pourtant que ce silence doive être pris toujours dans un sens négatif. La jurisprudence et les arrêts sont d'accord au contraire pour admettre la compétence au sujet des différends nés entre étrangers pour marchés passés en France, ce qui indique que la question de compétence est laissée à l'appréciation du juge qui la décide selon la nature des faits. Le jugement du tribunal de Rouen fait en outre observer

1. Rouen, 15 novembre 1843 ; *Gaz. des Trib.* 18 nov. 43.

que si l'on se reporte à l'ancienne législation, on voit que sous l'empire de l'ordonnance de la marine de 1681, le conseil de l'amirauté connaissait des abordages entre tous les navires, nationaux comme étrangers.

Nous ne déciderions pas de même pour un abordage en pleine mer. Le fait ne se serait pas passé sur notre territoire, les parties seraient étrangères, on ne leur devrait la justice à aucun titre. Qu'elles portent leur réclamation devant les tribunaux de leur pays.

§ 2. — *Tribunal compétent.*

Nous venons de voir qu'un tribunal français est compétent quand l'un des capitaines, abordeur ou abordé, est français, et même quand tous les deux sont étrangers, si l'action s'est passée dans les eaux territoriales. Recherchons maintenant quel sera le tribunal qui connaîtra de l'affaire.

La règle générale est que le demandeur peut assigner devant le tribunal du domicile du défendeur, article 420, § 1 C. pr. et, s'il n'a pas de domicile, devant le tribunal de sa résidence, article 59, § 1 C. pr. Le Code n'apporte que des exceptions particulières pour des cas spéciaux et l'on conclut que dans toutes les autres hypothèses non visées par la loi, on doit se conformer aux prescriptions de ces articles. C'est ce qu'a soutenu M. Duvergier dans la consultation célèbre qu'il rédigea sur l'affaire du *Mongibello* (1). Il y a aussi, en ce sens, un arrêt

1. J. g. V. *Dr. marit.*, n° 2303 et s.

de la Cour de Rouen (1) : « attendu, dit l'arrêt, que le tribunal du domicile du défendeur est, en principe, toujours compétent, qu'on ne saurait voir dans les articles 435 et 436 C. com. attribution exclusive au tribunal le plus voisin du lieu de l'abordage, que ces articles statuent sur les réclamations et protestations qui doivent être faites, mais ne contiennent, ni dans leur lettre, ni dans leur esprit, aucune dérogation au principe posé par l'article 420 C. pr., l'action en réparation du dommage causé par un abordage en mer est valablement portée devant le domicile du défendeur. »

A cette opinion on oppose les articles 420, § 3, C. pr. et 436 C. com. et on hésite entre le tribunal du lieu le plus voisin du sinistre et celui du déchargement. Pour le premier, on fait remarquer que c'est là que les protestations exigées par les articles 435 et 436 C. com. seront faites, c'est là aussi que les experts estimeront les dégâts. Il sera plus facile à ce tribunal de se renseigner, les témoins n'auront pas à se déplacer, d'où diminution d'une partie des frais et célérité de la procédure. La Cour de Rouen avait jugé ainsi en 1840 en se basant sur ces motifs (2).

Les auteurs accordent généralement la compétence au tribunal du lieu de déchargement et par ce mot M. Dalloz entend non-seulement le port de destination, mais encore celui dans lequel par suite de la rupture forcée du voyage,

1. Rouen, 23 nov. 1857; D. P. 58, 2, 82.

2. D. P. 41; 2, 79.

le navire termine sa navigation et décharge ses marchandises. Les raisons invoquées par la Cour de Rouen dans son arrêt de 1840 peuvent également servir à soutenir ce système. C'est là aussi que les prescriptions des articles 435 et 436 C. com. s'appliqueront, les motifs sont donc les mêmes. En outre, l'article 420 C. pr. *in fine* apporte une restriction à son premier paragraphe ; il termine en disant que l'action peut être portée devant le tribunal, dans l'arrondissement duquel le paiement doit être effectué ; or c'est dans le port du déchargement que se fera le paiement. Un jugement du tribunal de Marseille conclut en ce sens ; sur l'appel la Cour d'Aix confirma (1).

On peut faire des objections contre ce système. La restriction apportée par l'article 420 *in fine*, C. pr. à l'article 59, C. pr. suppose une obligation née d'un contrat ; or, dans l'espèce elle naît d'un délit ou d'un quasi-délit ; par conséquent on ne doit pas s'appuyer sur ce paragraphe pour déroger à la règle générale.

On comprend très bien que les parties en contractant conviennent de s'assigner au lieu qu'elles fixent pour le paiement ; une intention semblable ne peut plus se supposer, quand l'obligation a pris naissance sans convention. On peut repousser par le même raisonnement l'argument tiré de l'art. 416, C. com. Il reste alors les art. 435 et 436 C. com., mais ces articles ne dérogent pas à l'article 420.

1. Aix, 23 mai 1868 ; D. P. 69, 2, 86. — Sic. J. G. V. dr. marit., n° 2303 et s. — M. Bédarride, com. marit., n° 2025.

C. pr. ; ils ne font que soumettre les action en réparation à certaines formalités.

La cour de Rouen a, en 1878, eu à se prononcer sur cette question de compétence (1). Voici ce qu'elle a décidé. Lorsqu'à la suite d'un abordage en mer, les capitaines de chacun des navires abordés ont formé l'un contre l'autre une action en réparation des dommages causés par l'abordage, l'un devant le tribunal de commerce du lieu de destination de ces navires et l'autre devant le tribunal du port où le second navire s'est réfugié, la Cour à laquelle ressortissent ces deux tribunaux qui sont également compétents doit procéder à un règlement de juge.

Il y a également lieu pour la Cour, afin d'éviter une contrariété de jugements, de renvoyer la cause devant celui de ces tribunaux qui est déjà saisi, à raison du même fait, d'une autre demande de dommages-intérêts, formée par le chargeur d'un de ces bâtiments contre le capitaine du navire.

Nous pensons que le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur : *actor sequitur forum rei* ; c'est là une règle générale. Ne trouvant aucune exception dans le Code, nous devons l'observer, mais comme le défendeur peut avoir intérêt à régler promptement et à peu de frais l'affaire en litige, il lui est permis de renoncer à être poursuivi devant le tribunal de son domicile et, s'il l'accepte,

1. Rouen, 17 décembre 1878 ; D. P. 79, 2, 248.

d'être actionné au lieu du déchargement. Ce tribunal devra retenir l'affaire (1).

SECTION II

Conditions d'exercice de l'action.

Les articles 435 et 436 subordonnent l'exercice de l'action en indemnité à trois conditions.

Il faut : 1° une réclamation ;

2° Qu'elle soit signifiée dans les vingt-quatre heures ;

3° Une action en justice intentée dans le mois.

Nous allons reprendre en détail chacune de ces conditions.

§ 1. — *Réclamation.*

Les formalités de l'article 435 ne trouvent leur application que dans un cas d'abordage en prenant ce mot d'après son sens juridique, tel que nous l'avons défini, c'est-à-dire le choc de deux navires. Il a été jugé qu'il ne fallait pas étendre ces dispositions à d'autres cas, ainsi au heurt d'un navire contre un pieu ou à la collision d'un navire contre un autre en état d'innavigabilité. La présomption serait alors la même que celle du droit commun, on prescrirait par trente ans (2).

1. Sic : M. Caumont, *Dict. de dr. marit.* n° 353 et 357. — Caen, 1^{er} oct. 1848 ; D. P. 49, 2, 8.

2. Bordeaux, 17 mars 1830 ; J. g. v. dr. marit., n° 2292. — Nantes, 7 mai 1881 ; *Journ. M.* 82, 2, 112.

Quand il y a eu réellement abordage, le capitaine abordé doit protester contre les avaries qu'il a subies et signifier par huissier cette protestation, au capitaine abordeur ou présumé tel. Si le capitaine ne se trouve pas dans le port, la réclamation sera valablement remise au parquet ou au maire de l'endroit. On ne pourrait pas y suppléer par un rapport du sinistre fait devant le juge de paix (1).

A l'étranger, le capitaine notifiera sa réclamation, soit entre les mains du consul français, soit entre les mains de l'autorité nationale du capitaine abordeur. Elle lui fera parvenir l'acte (2).

L'abordé peut se conformer à la loi du pays pour la forme de la signification. La règle *locus regit actum* produit son plein effet, mais la nécessité de cette signification et le délai dans lequel elle doit être faite demeurent réglés par la loi française. Ainsi en Angleterre, d'après un usage de ce pays, il suffit de déposer l'acte chez le notaire ; cela vaut signification, chez nous ce ne serait pas valable. Un capitaine pourrait se conformer à cet usage pour conserver son action, mais il devrait en outre signifier l'acte à la partie adverse (3).

Le Code ne nous dit pas ce que doit contenir la protestation, son esprit nous l'indique suffisamment. Le motif de la réclamation est d'établir l'état des avaries, de façon à ce que chacun soit fixé sur ce qu'il aura à payer ou à

1. Rouen, 2 mars 1842 ; J. g. v. dr. marit., n° 2302.

2. Cass. 18 août 1878 ; S. 79, 1, 5.

3. Cass. 26 juin 1882 ; S. 82, 1, 346.

recevoir et à ce que le capitaine ne puisse pas mettre à la charge de l'abordeur un surcroît d'avaries produit par un fait étranger à l'abordage.

Il résulte de là que la protestation fera connaître la nature, la cause et l'importance des avaries. On n'exigera pas un détail complet des dégâts ni leur évaluation exacte ; le délai dans lequel doit être faite la signification ne permettrait pas aux experts de faire un rapport aussi long. Ils ne fourniront qu'une estimation sommaire. Enfin, le capitaine termine sa réclamation en manifestant son intention d'agir, dans le mois, devant les tribunaux.

Il peut se faire que l'abordé ignore l'auteur du sinistre. C'est alors qu'il remettra sa signification au parquet ou au maire. Puis il se réservera d'agir, dès qu'il aura connu le nom du coupable. Toutefois il a été jugé que si cette précaution n'avait pas été prise, le capitaine pourrait encore rédiger sa protestation, dès que le nom qu'il ignorait lui aurait été indiqué et par là il conserverait son action (1).

§ 2. — *Délai.*

La signification doit être faite dans les vingt-quatre heures. Ce délai se calcule d'heure à heure (2).

Cela résulte des termes mêmes de l'article 436 Code com. : « ces protestations et réclamations sont nulles, si elles ne sont faites et signifiées dans les vingt-quatre heures,

1. Aix, 2 février 1858 ; D. P. 59, 5, 2.

2. Rennes, 20 avril 1880 ; *Journ. M.* 82, 2, 96.

et si, dans le mois de leur date, elles ne sont suivies d'une demande en justice. » On devrait en conclure que le délai n'est pas suspendu par la présence d'un jour férié ; quand il en est autrement la loi s'exprime par jours et non par heures. C'était l'opinion de Valin, mais la jurisprudence est d'un avis contraire (1).

L'utilité de cette réclamation dans un si court délai nous est indiquée par Valin (2) : « les accidents maritimes sont si fréquents, qu'il se pourrait qu'un navire, après avoir été abordé par un autre, souffrit dans un intervalle assez court d'autres avaries, dont on dissimulerait la cause pour les faire regarder comme une suite naturelle ou même comme un effet direct de l'abordage. » Le Code a cherché aussi par là à assurer la célérité nécessaire aux opérations maritimes, il a voulu que ceux qui étaient engagés dans les contestations connaissent promptement le montant des indemnités qu'ils auront à payer ou à recevoir.

Si par suite de la collision, il est résulté pour le navire abordé non pas de simples avaries, mais une perte totale, on pourrait soutenir que les articles 435 et 436 C. co. ne s'appliquent pas et que le capitaine ne perdrait pas son action en négligeant de protester dans les vingt-quatre heures. Les raisons ne sont plus les mêmes dans ce cas. L'utilité de fixer promptement l'état du navire abordé ne se fait plus sentir. Il n'y a plus à craindre une exagération dans l'estimation des avaries, puisque ce navire n'est plus

1. Cass., 17 nov. 1858 ; S. 59, 1, 758. — Cass., 20 nov. 1871, ; S. 71, 1183.

2. Op. cit. I, t. XII, art. 8

seulement endommagé, mais perdu complètement au fond de la mer. La lettre de la loi se prête à cette interprétation. Que dit l'article 435 C. co. ? Il commence par rendre non recevables toutes les actions contre le capitaine et les assureurs pour *dommage* à la marchandise, si elle a été reçue sans protestation ; puis toutes les actions contre l'affréteur pour *avarie*, si le capitaine a livré les marchandises et reçu son fret sans avoir protesté. et enfin il statue sur l'objet qui nous occupe, ajoutant toutes les actions en indemnité pour dommage causé par l'abordage dans un lieu où le capitaine a pu agir, s'il n'a point fait de réclamation. Il est évident que le législateur emploie tantôt le mot *avarie* et tantôt le mot *dommage*, comme étant synonymes et exprimant la même idée. Par dommage il n'a donc pas entendu parler d'une perte totale, mais simplement d'un dégât plus ou moins considérable causé à un navire par suite d'une collision. On peut nous objecter que plus haut quand nous avons étudié l'article 407 § 3 C. co. nous nous sommes efforcé de prouver que le mot dommage signifiait quelquefois perte totale, nous répondrons que les hypothèses ne sont pas les mêmes. L'article 407 § 3 c. co. est l'application de l'article 1382 C. c. Ces deux articles emploient le mot dommages, il doit être pris dans le même sens dans les deux articles et en outre nous avons montré qu'il était naturel que ce mot signifîât également perte partielle et perte totale. Notre article 435, au contraire, ne se rapporte à aucun autre, c'est dans sa propre rédaction qu'on doit en chercher le sens. Puis nous venons de dire qu'il était logique de

ne pas appliquer ses dispositions, quand il ne restait plus rien du navire. Au reste, l'opinion que nous avançons était admise par Émérigon (1) : « Cette prescription de vingt-quatre heures, écrivait-il, est établie au sujet du dommage reçu, c'est-à-dire au sujet d'une simple avarie occasionnée par l'abordage, d'où il suit que la prescription n'a pas lieu, dans le cas où l'abordage a causé la perte entière de l'un des navires. On retombe dans le droit commun. »

Rien ne prouve que le Code n'a pas suivi la même doctrine, l'esprit même de ses dispositions semble indiquer qu'il en est ainsi. Il déboute de toute action le capitaine qui n'a pas réclamé dans les vingt-quatre heures, ni agi dans le mois devant les tribunaux. Faut-il admettre que le Code se soit montré aussi dur et aussi exigeant pour l'armateur qui vient de perdre complètement son vaisseau ?

Nous ne le pensons pas ; néanmoins nous devons avouer, bien que l'on rencontre des arrêts dans les deux sens, que la jurisprudence est aujourd'hui fixée dans le sens de la négative (2).

En dehors de l'hypothèse d'une perte totale, nous ne distinguerons pas si l'abordage a eu lieu dans un port ou en pleine mer. Le délai est toujours le même en tenant compte de cette maxime : *contra non valentem agere non*

1. *Op. cit.*, II, p. 305.

2. Sic : Montpellier, 31 mars 1873 ; D. p. 74, 2, 58. — Cass. 21 avril 1874 ; D. p. 75, 1, 167. — Cass. 4 août 1875 ; D. p. 75, 1, 471. — Cass. 18 août 1878 ; S. 79, 1, 5. — Paris, 16 févr. 1882 ; J. loi 9 mars 1882 ; M. Boistel, préc. de dr. comm. p. 1084. — Contra : Bordeaux, 13 août 1872 ; D. P. 73, 2, 211.

currit præscriptio, c'est-à-dire que le point de départ du délai ne sera pas le même suivant les circonstances.

Si la rencontre s'est faite au large, le terme de rigueur ne commence à courir que du jour où le capitaine a pu agir. Les tribunaux ont mission de déterminer suivant les faits le moment où l'impossibilité d'agir a cessé et de fixer en conséquence le point de départ du délai de la signification (1).

En pratique il sera souvent difficile de déterminer ce point de départ. Un navire a été abordé en mer, le capitaine continue sa route, dès son arrivée au port de destination il proteste, a-t-il agi en temps utile? On a dit que non, il aurait dû relâcher dans le port le plus proche. Des auteurs ont soutenu cette opinion. On fait remarquer qu'agir ainsi, c'est augmenter les frais, une perte de temps s'en suivra nécessairement, en outre le Code de commerce défend au capitaine de faire échelle et de rétrograder. Il vaut mieux admettre qu'en suivant sa route, si l'état de ses avaries le lui permet, le capitaine n'est pas en faute (2).

Autre difficulté : le navire abordeur ayant suivi une autre route se trouve dans un port éloigné, dira-t-on que le capitaine étant à terre chez un peuple civilisé a pu agir contre cet autre dont il est séparé par l'Océan? Les auteurs décident que le capitaine est réputé pouvoir agir lorsqu'il

1. Cass. 18 août 1878 ; S. 79, 1, 5. — Cass. 29 mars 1882 ; D. p. 82, 1, 346.

2. Sic Valin, *op. cit.* — M. Bédarride, *op. cit.*, art. 435 et 436 n° 2020. — Rouen, 10 août 1880 ; *Journ. M.* 81, 2, 48.

est entré dans un port qui le met en communication avec le continent (1).

L'abordage a eu lieu au large : le capitaine est blessé, il est recueilli par le navire abordeur, où il est secouru et soigné. Exigera-t-on que dès son arrivée à terre, il proteste, dans les vingt-quatre heures, contre celui qui lui aura peut-être sauvé la vie ? On ne l'admet pas ; ce serait trop rigoureux (2).

La Cour de cassation a statué sur l'espèce suivante (3) : Un navire fut coulé au large à la suite d'une collision, l'équipage se réfugia sur un bateau pilote qui était en vue et qui était arrivé au secours des naufragés. L'abordeur avait disparu. La Cour décida que le capitaine du navire abordé en pleine mer qui a été débarqué par bateau pilote dans un port étranger pendant que le navire abordeur continuait sa route, encourait la déchéance pour défaut de signification dans le délai légal de la protestation de lui faite, à son arrivée dans le port de débarquement. Ceci devait exister, alors surtout que connaissant le nom du navire abordeur, son port, le lieu de son départ et le lieu de sa destination, il pouvait signifier sa protestation au vice-consulat de la nation du capitaine abordeur.

Les formalités que nous venons d'énoncer s'appliquent aux étrangers comme aux Français, lorsqu'ils agissent en France.

1. Rennes, 20 avril 1880 ; *Journ. M.* 81, 2, 48.

2. M. de Courcy. *Réforme intern. du dr. marit.*

3. Cass. 26 juin 1882 ; S. 82, 1, 346.

L'acte de protestation exigé en cas d'abordage par les articles 435 et 436 C. co. quoique pouvant être passé suivant la loi du lieu, où il est fait, est néanmoins soumis à la loi française pour le délai de la signification qui est toujours de vingt-quatre heures. La Cour d'appel de Montpellier a eu à se prononcer sur ce point (1). Voici l'espèce. Le 11 janvier 1869, le *Tibre*, vapeur des Messageries Nationales, ayant pour capitaine le sieur Plissot a abordé dans le port de Messine, le *San-Spiridon*, navire grec commandé par le capitaine Moraitis. Ce dernier protesta le 14 janvier devant l'agent de la Compagnie des Messageries Nationales à Messine. Le propriétaire des marchandises protesta également à Marseille le 13, à l'arrivée de la dépêche lui annonçant l'événement, puis dans le mois, il actionna la Compagnie et le capitaine Plissot en paiement de la valeur du chargement. Ceux-ci opposèrent une fin de non recevoir, tirée du non-accomplissement des articles 435 et 436, C. co. Le tribunal de commerce de Marseille accueillit la demande du sieur Mouttet en se fondant sur ce que le capitaine Moraitis s'était conformé à la loi italienne qui exige une protestation dans les trois jours. Sur l'appel de la Compagnie des Messageries, ce jugement fut infirmé par la Cour d'Aix, parce que le sinistre étant arrivé dans un port étranger c'était le cas, disait cette Cour, d'appliquer la règle *locus regit actum* ; mais si on la renferme dans son interprétation juridique, on trouve que cette règle est relative aux actes de pure forme, avec

1. Montpellier, 31 mars 1873 ; D. P. 74, 2, 58.

formalités intérieures et instrumentaires, or la doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour considérer les prescriptions et les fins de non recevoir comme des exceptions péremptoires, de véritables moyens de fond. Dans l'espèce, la protestation du capitaine Moraitis était valable en la forme, mais nulle comme signifiée hors du délai de vingt-quatre heures, prescrit par la loi française, qui était la loi du débiteur et qui seule devait être appliquée. Si on confondait, ajoutait la Cour, ce délai pour protester avec les formalités elles-mêmes, il en résulterait une regrettable confusion et cette sage règle de la loi française, qui n'est que la reproduction de l'ordonnance de 1681, serait livrée à toutes les variations de la loi étrangère.

Cet arrêt fut cassé sur le pourvoir du sieur Mouttet, pour irrégularité dans la composition de la cour et l'affaire fut renvoyée devant la cour d'appel de Montpellier qui rendit un arrêt conforme à celui de la cour d'Aix. Voici les motifs de cette décision. Si l'acte de protestation est dans la forme régi par la loi du lieu où il a été fait, selon l'ancien adage : *locus regit actum*, le délai fixé pour sa signification est du domaine de la loi française. En se pénétrant des dispositions combinées des articles 435 et 436 C. com., on reconnaît en effet qu'il y a dans leurs textes deux choses parfaitement distinctes : l'acte protestatif et le délai sous lequel il doit être signifié. C'est la signification qui en assure l'exécution. Une disposition spéciale fixe le délai dans lequel a lieu cette signification. Le législateur n'a soumis l'acte à aucune forme

particulière, tandis qu'il a imposé le délai de signification avec une rigueur inexorable. La raison qui l'a déterminé à agir ainsi est dans les motifs empruntés à l'esprit du Code de commerce par Locré : « il a fallu prévenir la fraude et fixer immédiatement la responsabilité des sinistres sur la tête de ceux qui devaient la subir. » Si donc on s'en remettait à la loi du pays pour fixer le délai de la signification, on agirait dans un ordre d'idées tout différent. On arriverait à ce résultat, qu'au lieu d'un délai précis, parfaitement connu de tous, on aurait des délais incertains, variables, tout à fait imprévus et souvent en opposition avec les intérêts des chargeurs et des armateurs. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer la loi étrangère, il faut s'en tenir à une loi unique, à la loi française.

Ces rigoureuses dispositions des articles 435 et 436 C. com. amènent une conséquence malheureuse. Quand un navire français coule un navire anglais, celui-ci ne porte pas sa réclamation en France ; son gouvernement signale le navire abordeur dans tous les ports des possessions britanniques ; dès qu'il apparaît, on le saisit et on le juge, même plusieurs années après l'événement. Les Anglais préfèrent se faire justice eux-mêmes. Il y a là une façon d'agir regrettable, résultat fâcheux de l'imperfection de notre Code de commerce.

§ 3. — *Demande en justice.*

L'article 436, C. co., dispose que les protestations et

réclamations sont nulles, si elles ne sont pas faites et signifiées dans les vingt-quatre heures et si dans le mois de leur date elles ne sont suivies d'une demande en justice. Le Code est moins sévère que l'ordonnance de 1681, art. 8, tit. XII, liv. I : « Toute demande pour raison d'abordage sera formée vingt-quatre heures après le dommage reçu, si l'accident arrive dans un port, hâvre ou autre lieu où le maître puisse agir. »

Ainsi, tandis que le Code se contente d'une protestation signifiée dans les vingt-quatre heures, l'ordonnance exigeait en plus une demande en justice dans ce court délai. Le Code est plus large, il permet que cette demande ne soit portée que dans le mois. L'ordonnance ne prescrivait qu'un seul acte, le Code en ordonne deux. Nous avons déjà indiqué les motifs de ces prescriptions ; ce sont les mêmes quant à la signification des vingt-quatre heures et à la demande en justice dans le mois.

En cas de délit, s'il y a eu homicide par imprudence, mort d'hommes, blessures, on peut douter de l'application de l'article 436, C. co. Ainsi l'abordé néglige d'agir dans le mois, l'abordeur sera-t-il à l'abri de toute poursuite ? Il faut répondre que non. Un arrêt de la Cour d'assises de la Loire-Inférieure du 15 mars 1847 a déclaré avec juste raison que les articles 407, 435 et 436, C. co., antérieurs par leur date au Code d'instruction criminelle, n'avaient statué que sur les cas d'abordage ordinaires et non pour les cas d'abordage qui ont donné lieu au renvoi devant une

Cour d'assises, cas pour lesquels les principes de procédure en matière criminelle doivent être suivis (1).

Par demande en justice on n'entend pas seulement une requête présentée au président du tribunal à l'effet par exemple de constater les avaries ou de nommer des experts, mais une demande ayant pour objet le paiement des dommages dont parle l'article 435 C. co. Dès lors peu importe qu'une expertise ait été ordonnée dans le mois, si cette demande en paiement n'a pas eu lieu, il est trop tard pour agir.

Les tribunaux ont jugé plusieurs fois que l'on devait tenir compte des articles 73 et 1033 C. pr. pour le calcul du délai d'un mois (2).

SECTION III

Fins de non recevoir.

Lorsque les formalités imposées par les articles 435 et 437 C. com. n'ont pas été accomplies en temps utile, le défendeur est admis à repousser la prétention du demandeur par une fin de non-recevoir. Toutefois cette fin de non-recevoir n'est pas d'ordre public, les parties peuvent y renoncer. Cette renonciation n'a pas besoin d'être expresse.

1. M. Sibille, jur. et doct. en mat. d'abord., n° 98.

2. Rouen, 30 janv. 1843; J. g. dr. marit. 2279. — Bordeaux, 4 juin 1862; D. P. 63, 2, 132. — Poitiers, 14 janv. 1863; D. P. 63, 2, 65. — Cass. 22 août 1864; D. P. 64, 4, 356.

Elle sera même présumée dans certains cas. C'est ainsi qu'il a été jugé que le délai de vingt-quatre heures dans lequel la réclamation du capitaine abordé doit être signifiée est suspendu par l'effet de pourparlers qui impliquaient de la part du propriétaire du navire abordeur la volonté de régler l'affaire à l'amiable. La Cour de cassation a eu à se prononcer sur cette question et elle a admis cette décision (1).

La Cour d'appel de Rouen (2) décida de même et reconnut que la renonciation à la fin de non recevoir tirée de l'article 436 résultait suffisamment de pourparlers engagés par correspondance, entre le capitaine abordeur et le propriétaire du navire abordeur. Dans l'espèce, des pourparlers avaient été engagés entre les parties, même après les délais légaux.

On discute la question de savoir si cette fin de non-recevoir, quand on n'y pas renoncé, doit être invoquée *in limine litis*, ou, si n'ayant pas été opposée en première instance, le défendeur est encore recevable à s'en prévaloir en appel. Ceux qui soutiennent la négative disent que ce n'est pas une prescription, par conséquent il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 2224 C. C., mais les articles 173 et 186 C. pr. A cela on répond qu'Émérigon la traitait de prescription et qu'il est impossible de soutenir que la fin de recevoir dont nous nous occupons est une exception

1. Cass. 19 nov. 1856 ; D. p. 57, 1, 61.

2. Rouen, 27 avril 1871 ; D. p. 72, 2, 113.

de nullité ou dilatoire prévue par les articles 173 et 186 C. pr. ; par conséquent c'est bien l'article 2224 C. C. et non les articles 173 et 186 C. pr. qui la régissent. Un arrêt de la cour d'appel d'Aix a décidé ainsi (1).

1. Sic. Aix, 4 janv. 1820 ; J. g. v. dr. marit. 2312. — M. Bedarride, *op. cit.* art. 435 et 436, n° 2029. — Contra Dageville et Boulay-Paty.

CHAPITRE IV

EFFETS DE L'ABORDAGE PAR RAPPORT AUX TIERS.

Jusqu'ici nous ne nous sommes occupé que des avaries souffertes par les navires abordés. Nous avons vu qui doit les supporter, quelles actions ont les capitaines pour se faire indemniser par l'auteur du dommage, à quelles conditions il peut exercer ces actions, comment il les conserve, pendant quel laps de temps. Des questions semblables s'élèvent à propos du chargement. Les marchandises à bord des navires seront le plus souvent endommagées, comme ces navires eux-mêmes. Puis le navire peut être assuré, les marchandises peuvent l'être également. D'autres personnes que le capitaine et les armateurs seront donc intéressées dans l'abordage. Les chargeurs et les assureurs auront aussi des indemnités à réclamer. On comprend qu'il va naître de nombreux procès en responsabilité, à la suite d'un sinistre.

Il nous faut, pour être complet, rechercher quelles seront les conséquences de l'abordage à l'égard des chargeurs et des assureurs.

SECTION I

Des conséquences de l'abordage à l'égard des chargeurs.

Avant de décider à la charge de qui devrait être mise la responsabilité du dommage fait au navire, nous avons distingué trois sortes d'abordage : l'abordage fortuit, l'abordage fautif et l'abordage douteux. Ensuite nous avons donné des règles différentes suivant la nature du sinistre. Cette distinction a besoin d'être conservée. C'est encore d'après elle que nous connaissons qui, du chargeur ou de l'armateur, supportera les pertes éprouvées par la cargaison.

L'abordage est-il dû à un cas fortuit ? Le dommage qui en provient doit rester au compte du propriétaire de la marchandise qui l'a souffert. C'est une avarie particulière, et aux termes de l'article 404 C. com. les avaries particulières sont supportées et payées par le propriétaire de la chose qui a essuyé le dommage ou occasionné la dépense.

L'abordage est-il dû à la faute de l'un des capitaines ? le chargeur a contre ce capitaine et contre son armateur une action en indemnité. Cette action tire sa source de l'article 1382, C. c. : « celui qui cause du dommage à autrui est tenu de le réparer » et de l'article 1384, C. c. : « on est responsable du dommage qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre. » L'auteur du dommage est ici le capitaine, c'est lui qui par son incapacité ou son manque de soin a amené le sinistre. Il doit indem-

niser tous ceux qui en ont souffert. L'armateur a choisi le capitaine, il répond de ses fautes, c'est pourquoi le chargeur a une action contre lui.

Enfin il peut y avoir doute sur les causes de l'abordage. Appliquons-nous ce que nous avons dit pour les navires ? La disposition de l'article 407, § 3 est ainsi conçue : « S'il y a doute dans les causes de l'abordage le dommage est réparé, à frais communs, et par égales portions, par les navires qui l'ont fait et souffert. » Nous nous sommes arrêté longtemps sur ce paragraphe, nous avons expliqué que cette règle était exorbitante, nous ne pensons pas qu'il faille l'appliquer aux chargeurs. Le propriétaire de la marchandise n'a d'action contre le capitaine et l'armateur de l'un ou de l'autre navire qu'à la charge, conformément aux principes généraux, de prouver l'existence d'une faute et quel en est l'auteur. La disposition exceptionnelle de l'article 407, § 3, Code com. n'a été faite que pour les navires et non pour les rapports de ces navires avec la cargaison. Cela résulte des termes de cet article. On y voit le mot *navires* plusieurs fois répété et jamais celui de cargaison. On ne peut pas étendre cette règle puisqu'elle est contraire aux principes, il faut donc s'en rapporter au droit commun et décider que le chargeur n'aura de recours contre le capitaine que s'il parvient à prouver sa faute, ce qui dans l'espèce est impossible (1).

Nous avons vu que le capitaine d'un navire abordé, lors-

1. Caen, 24 nov. 1862; *Jour. du P.* 63, 1083. — Paris, 15 février 1861; *Jour. du P.*, 63, 1083.

qu'il avait droit à un recours contre le capitaine abordeur, devait, pour conserver son action, protester dans les vingt-quatre heures et agir, dans le mois, devant les tribunaux. Ces règles sont également applicables aux chargeurs. Ils auront à se conformer aux dispositions des articles 435 et 436 C. co. Il a été jugé que le capitaine l'était mandataire légal des chargeurs, dans l'accomplissement de la formalité de la signification et que sa négligence entraînait leur déchéance. Cette action ne revit pas, sous prétexte qu'ils n'ont eu qu'une connaissance tardive du sinistre (1). L'article 216 C. com. permet à l'armateur de se soustraire aux obligations qui résultent pour lui d'une collision entre son navire et un autre, en abandonnant son navire et le fret. Cette faculté a été accordée aux armateurs pour stimuler les entreprises maritimes et les encourager à construire des vaisseaux. Par cet abandon l'armateur se libère de toutes ses obligations tant vis-à-vis du capitaine abordé que des propriétaires de la cargaison. Il peut user de cette faculté, même quand l'abordage a eu lieu entre deux de ses navires.

Aux termes de l'article 191 § 11 C. com. les chargeurs du navire en faute conservent un privilège sur le prix de vente et touchent leur indemnité, de préférence à l'armateur, dont le navire aurait été abordé et qui aurait le droit* de répéter ses avaries.

1. Cass. 18 août 1878 ; S. 79, 1, 5.

SECTION II

Situation des assureurs à la suite d'un abordage.

Les assureurs ne répondent que des fortunes de mer. L'abordage est une fortune de mer pour l'abordé, quand il est arrivé par cas fortuit, ou par la faute du capitaine abordé. Ainsi dans deux cas, les assureurs rembourseront aux assurés les dommages qu'ils auront éprouvés. Ces assurés seront ou les chargeurs ou l'armateur du navire endommagé.

Que décider à la suite d'un abordage douteux, l'assureur est-il tenu du remboursement des avaries, comme si le sinistre avait été fortuit ? Il semble que oui, car la responsabilité de l'assureur ne cesse que par la preuve d'une faute chez l'assuré, or cette preuve est impossible à établir. Il doit donc l'indemniser.

On peut stipuler que l'assureur aura à son compte les fautes et les prévarications du capitaine, mais il faut ajouter une clause spéciale. C'est une dérogation à la règle ; on dit alors que l'assureur répond de la baraterie de patron. Il n'y a là rien d'illicite ni de contraire à l'ordre public. La faute n'est pas personnelle à l'assuré, elle l'est à un tiers ; le stipulant ne s'indemniserait pas des dommages causés par son propre dol mais du tort que lui aura fait celui d'autrui ; toutefois un capitaine cobourgeois ne pourrait pas se prévaloir de cette convention. « Si l'assuré commande lui-même le navire, dit Boulay-Paty, il est

difficile de penser que les assureurs seraient responsables à son égard de sa propre baraterie ; toutes pertes et dommages provenant du fait de l'assuré ne sont pas à la charge des assureurs. »

Quand les assureurs se sont chargés des risques de la baraterie de patron, quelle est l'étendue de leur obligation ? Dans le cas où d'après les paragraphes 2 et 3 de l'article 407 C. com., le propriétaire du navire assuré est obligé de payer le dommage souffert par l'autre navire, peut-il se faire rembourser par eux cette nouvelle dépense ? Nous ne le croyons pas. Le contrat d'assurance n'a d'autre objet que de réparer les pertes et dommages éprouvés par les effets mis en risque. Par conséquent, lorsque chaque navire assuré et son chargement sont arrivés intacts au lieu de leur destination, l'assureur ne peut être tenu de restituer au propriétaire de ce navire les dommages-intérêts, auxquels il a été condamné envers l'armateur d'un autre bâtiment, à raison des avaries causées à celui-ci, par suite d'un abordage en mer. Cet autre bâtiment n'a pas été compris dans les risques à courir. Les assureurs, dans la police, ne se sont pas engagés à supporter ses avaries. Peu importe les expressions employées, ainsi qu'on ait dit : tous les accidents ou toutes les fortunes de mer, ou même qu'on ait réuni ces deux risques ; ces mots d'après les principes de l'assurance ne doivent comprendre que les choses assurées. Il est vrai que l'article 397 C. com. entend par avaries toutes les dépenses extraordinaires faites pour le navire et les marchandises, conjointement ou sépa-

rément. Mais la réparation du dommage causé au navire abordé n'est pas une dépense faite directement pour le navire assuré et l'article 397 C. com. ne parle que de celle-là. La clause de la police d'assurance qui met à la charge de l'assureur la baraterie de patron, n'a d'autre objet que de garantir à l'assuré la réparation du préjudice que pourrait causer aux effets, mis en risque, la fraude ou l'ineptie du capitaine ; par suite, cette garantie ne peut être étendue à la suite d'un abordage en mer.

Un jugement du tribunal de commerce de Paris, du 28 avril 1855, a décidé autrement. Suivant lui, il faut tenir compte de la garantie des assureurs, dans l'appréciation de leur responsabilité. Il faut rechercher quels termes on a employés dans la rédaction de la police. Si on a la restitution des dommages dus par l'assuré à un tiers, dit tous dommages et pertes provenant de la tempête, naufrage, échouement, abordage fortuit, baraterie de patron et généralement tous accidents et fortunes de mer, il y a là un ensemble d'expressions qui prévoient tous les faits qui peuvent se présenter. Le tribunal en conclut que, dans ce cas, il suffit que la dépense fût faite, pendant le voyage et à son occasion, pour être mise à la charge des assureurs. Dans l'espèce, les assureurs allèrent en appel et la cour de Paris leur donna gain de cause (1). Comme nous le disions plus haut, ces expressions si générales qu'elles soient ne doivent s'entendre que des choses assu-

1. Paris, 23 juin 1855; D. P. 55, 2, 220.

rées, et nous n'admettons pas la manière de voir des premiers juges.

Les assurés doivent se conformer aux prescriptions des articles 435 et 436 C.com., s'ils veulent conserver leur recours contre les assureurs. La réception de la marchandise ne peut être opérée sans une protestation dans les vingt-quatre heures. Si le chargeur négligeait cette formalité, il se verrait privé du droit de réclamer une indemnité quelconque, soit au capitaine, soit aux assureurs. Il a été jugé que les assureurs pouvaient renoncer à se prévaloir de l'inobservation des délais fixés dans les articles 435 et 436 (1). Cette renonciation n'aura pas besoin d'être consignée dans un écrit, elle pourra résulter de certains faits.

1. Cass., 17 mars 1846; D. P. 46, 1, 266.

CHAPITRE V

ABORDAGE ENTRE UN NAVIRE DE COMMERCE ET UN NAVIRE DE GUERRE.

Nous avons toujours supposé jusqu'ici que les deux bâtiments abordeurs et abordés étaient de même nature, tous deux navires de commerce. Il peut en être autrement et nous devons nous occuper de cette hypothèse. L'un peut être un yacht de plaisance et l'autre un navire de commerce. Dans ce cas, il n'y aurait aucune difficulté, les principes seraient les mêmes, tant pour les formalités à remplir dans la protestation, que pour la procédure à suivre devant les tribunaux. Toutefois les tribunaux de commerce cesseraient d'être compétents, si l'abordeur était précisément le capitaine du yacht. Celui-ci n'étant pas commerçant ne serait pas assigné devant un tribunal de commerce.

Quelquefois une collision se produira entre un vaisseau de guerre et un navire de commerce, ou réciproquement. L'obligation d'indemniser celui qui a souffert du préjudice subsiste. L'article 1384, C. C. est applicable en cette matière ; le gouvernement est responsable de ses agents et doit réparer le dommage qu'ils causent à autrui dans l'exercice de leurs fonctions. De même, il a le droit d'exiger des par-

ticuliers une indemnité en raison des préjudices apportés aux propriétés de l'État. Par conséquent, les prescriptions du Code de commerce au sujet de l'abordage seront observés, même quand la collision aura eu lieu entre deux bâtiments dont l'un appartiendra à l'État et l'autre à la marine marchande.

Un passage de Valin (1) nous fait voir que dans cette hypothèse, la répartition du dommage ne se faisait pas de la même façon sous l'ordonnance de 1681 : « Lorsque le particulier s'est trouvé avoir souffert plus d'avaries que le Roi, ce qui est comme inévitable, à cause que les navires marchands sont d'un échantillon trop faible pour soutenir le choc des vaisseaux du Roi, compensation faite des avaries souffertes par le vaisseau du Roi, on a fixé l'excédant qui devait être remboursé, ou par moitié en particulier, ou par contribution, au sol la livre, dans le cas où le dommage avait été causé ou procuré pour le salut commun, pour raison duquel remboursement, il lui a été sauvé à se retirer par devers sa majesté pour la supplier de donner les ordres nécessaires à ce sujet. » Aujourd'hui, il n'en serait plus ainsi et on appliquerait l'article 407 C. Co. avec ses distinctions. Les protestations et significations exigées par les articles 435 et 436 C. Co. seraient également faites par le capitaine abordé.

Examinons maintenant la question de compétence et recherchons quel sera le tribunal qui aura à connaître de

1. *Ord. de la marine*, t. II p. 185.

la demande formée contre l'État, en réparation du dommage causé à un navire marchand, à la suite d'une avarie par la faute d'un officier de la marine de l'État, commandant un vaisseau de l'État ? On a jugé plusieurs fois que c'était à l'autorité administrative seule qu'il appartenait, en l'absence de toute loi contraire, de connaître des actions qui tendaient à rendre l'État débiteur. Le conseil d'État l'a jugé ainsi dans son arrêt du 29 novembre 1861 (1). Cet arrêt était motivé sur ce que les fonctions judiciaires étaient d'après un principe constitutionnel, séparées et distinctes de l'administration au point qu'il était défendu aux tribunaux d'entraver en quoi que ce soit ses services et de faire comparaître devant eux, l'un de leurs membres, pour une affaire concernant son emploi. L'arrêt faisait remarquer que, conformément à ce principe, la loi avait institué des tribunaux administratifs pour juger les cas qui sortaient de la compétence des tribunaux de droit commun et, qu'à moins d'un texte formel, toutes les actions intentées contre l'État par les particuliers relevaient de cette juridiction. Un arrêt du conseil d'État du 1^{er} juin 1861 admettait la même doctrine (2).

Cette jurisprudence a changé. Deux arrêts, l'un de la Cour d'appel de Paris (3) et l'autre du conseil d'État (4), décidèrent que les actions en responsabilité dirigées contre

1. S. 62, 2, 139.

2. Cons. d'État, 1^{er} juin 1861 ; S. 61, 2, 519.

3. Paris, 26 mars 1847 ; D. P. 47, 4, 91.

4. Cons. d'État 25 février 1864 ; S. 64, 2, 308.

l'État en vertu des articles 1382 et 1384 C. c. devaient être portées devant l'autorité judiciaire. Dans notre espèce, les tribunaux ordinaires soit civils, soit consulaires seraient donc compétents pour juger une demande en indemnité à la suite d'une collision en mer.

La jurisprudence a varié de nouveau (1) ; elle est revenue au même système qu'auparavant. Elle reconnaît que l'autorité judiciaire n'est pas compétente pour statuer sur l'étendue de la responsabilité de l'administration de la marine, à raison du fait de l'un de ses agents, commandant un navire de l'État, lequel dans l'exercice de son commandement a causé des avaries à un navire marchand.

Nous n'admettons pas cette nouvelle jurisprudence. Nous croyons que les tribunaux de commerce sont compétents. Il s'agit, il est vrai, d'une demande en responsabilité qui engage les finances de l'État, mais ce n'est pas une question de licitation de la dette publique. Puis la qualité d'agent du gouvernement, qui appartient à tout officier de la marine de l'État, ne le dispense pas de satisfaire à la loi commune dans un abordage avec un navire de commerce, et particulièrement aux articles 435 et 436 C. co. D'autre part tout commandant d'un vaisseau de guerre peut, sans autorisation préalable du gouvernement ou de ses chefs hiérarchiques demander judiciairement au capitaine de la marine marchande réparation des avaries, et cela, sans distinguer s'il agit au nom du gouvernement ou en son propre

1. Aix, 15 janv. 1856; Journ. M. , 56, 1, 113.

nom. Pourquoi ne pas dire que la réciproque est vraie et que le capitaine du navire de commerce a le droit d'attaquer directement le commandant du vaisseau de guerre devant les tribunaux consulaires? Ce commandant l'aurait fait, s'il avait été abordé, à plus forte raison devrait-il en être de même, quand il est abordeur.

Néanmoins une circulaire du ministre de la marine à la date du 22 mai 1865 professe une doctrine conforme à la décision de l'arrêt rendu à Aix le 15 juin 1856 et tel est le système suivi aujourd'hui par le conseil d'État (1).

1. Cons. d'État, 11 mai 1870; D. P. 71. 3, 62. — Cons. d'État, 15 fév. 1872; D. P. 73. 3. 57. — Cons. d'État, 15 avril 1873; D. P. 73. 3. 57.

CHAPITRE VI

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Nous venons de voir les règles établies par notre code de commerce en matière d'abordage ; nous avons signalé en plusieurs endroits des lacunes à combler et des modifications à apporter. Il nous reste à passer brièvement en revue les autres législations et à les comparer avec la nôtre. Nous ne parlerons que des grandes nations maritimes de l'Europe : la Grande-Bretagne, la Hollande, la Russie, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et le Portugal. Les codes de ces pays étant plus récents que le nôtre, les législateurs ont eu le temps et la possibilité d'apprécier les règles de notre code de commerce et de n'introduire dans leurs lois que ce qu'ils trouvaient bon. On comprend dès lors l'intérêt qu'il y a pour nous à connaître ces législations.

GRANDE-BRETAGNE. — Dans le cas de collision par suite d'infraction aux règlements maritimes, le propriétaire du navire qui les a enfreints n'a droit à aucune indemnité, à moins qu'il ne puisse prouver que l'infraction a été rendue nécessaire par les circonstances. L'infraction est déclarée volontaire toutes les fois qu'un dommage en a résulté pour une personne ou pour une propriété, à moins que la nécessité de cette infraction ne soit démontrée.

L'abordage est un risque de mer dans le sens de notre article 407, C. com. Les collisions avec toutes les circonstances qui les ont accompagnées doivent être insérées en détail au journal du bord, et cette insertion doit être signée par le capitaine, par le second et par un homme de l'équipage.

Nul propriétaire ou capitaine n'est responsable des dommages occasionnés par la faute d'un pilote, lorsque son emploi était obligatoire.

HOLLANDE. — Dans le cas d'abordage fautif, le capitaine qui est en faute supporte tout le dommage causé à ce navire abordé et à son chargement. S'il y a faute commune, chacun supporte ses dommages. Les capitaines sont responsables, mais ils ont un recours contre leurs officiers ou les gens de l'équipage, lorsque la faute vient d'eux. Quand l'abordage est fortuit, chacun garde son mal. L'article 350 du Code de commerce français a été reproduit, mais avec cette modification : à moins que l'assureur ne soit libéré de quelques risques par la loi ou par convention insérée dans la police.

RUSSIE. — L'ordonnance de 1681 y est souvent reproduite. Il y a des tribunaux de commerce qui, entre autres attributions, ont celle de statuer sur les avaries. Leur compétence est déterminée par le lieu où se trouve le navire. On entend par avarie réciproque, le dommage que le navire ou le chargement a éprouvé de la part d'un autre navire. La perte provenant de ce dommage est supportée par celui qui l'a occasionnée.

ALLEMAGNE. — Notre article 407, C. com., est reproduit avec ses distinctions.

ITALIE. — L'organisation judiciaire est la même qu'en France. Les articles 407, 435 et 436 de notre Code de commerce ont été copiés.

ESPAGNE. — On regarde comme avarie particulière le dommage qu'éprouve le navire ou le chargement par le choc ou l'abordage avec un autre vaisseau, quand il a été accidentel et inévitable, c'est-à-dire fortuit. Quand il y a faute du capitaine, il est responsable des avaries.

PORTUGAL. — L'article 407 a été conservé, mais on ajoute que le dommage provenant de l'abordage sera réparti en forme de grosse avarie entre chaque navire et chaque chargement, lorsqu'il y aura doute sur les causes de la collision. La preuve testimoniale n'est admise en matière commerciale que s'il y a preuve par écrit. En matière commerciale, le commencement de preuve par écrit résulte du livre de navigation, sur lequel tout capitaine doit inscrire les événements de mer.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

- I. — La loi 25 *de Fidejussoribus* a été corrigée par les commissaires de Justinien ; dans la pensée d'Ulpien, elle s'appliquait seulement aux *sponsores* et aux *fidepromissores*.
- II. — Les lois 95, § 4, *de Solutionibus*, et 42 pr. *de Jurjurando* ne se contredisent pas.
- III. — Lorsque l'obligation du fidéjusseur dépasse la mesure de l'obligation principale, elle est nulle et non pas réductible.
- IV. — Les lois 32, § 5, *de Usuris et fructibus* et 19, *de dolo malo*, ne peuvent se concilier.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

- I. — La condamnation à des dommages-intérêts dus par les différents auteurs d'un même délit civil peut être prononcée solidairement.
- II. — Les instituteurs et artisans ne répondent pas du fait de leurs élèves et apprentis majeurs.

- III. — En principe le mari ne répond pas des délits de sa femme ; à moins qu'il ne les ait tolérés.
- IV. — Les interdits peuvent s'obliger par leurs délits et quasi-délits commis dans un intervalle lucide.
- V. — L'action en garantie contre les architectes ou entrepreneurs ne dure que dix ans, comme la responsabilité elle-même.
- VI. — Le mari ne doit pas récompense à la communauté pour les réparations civiles auxquelles il a été condamné à la suite d'un crime ou d'un délit.

DROIT CRIMINEL

- I. — L'acquittement d'un prévenu du délit d'homicide par imprudence n'exclut pas la responsabilité civile.
- II. — Le duel n'est pas frappé par la loi pénale.
- III. — Le mineur de seize ans acquitté pour avoir agi sans discernement n'est pas tenu de payer les frais du procès criminel.

DROIT DES GENS

- I. — Lorsqu'un Français accusé d'un crime et réfugié en pays étranger a été réclamé par le gouvernement français et lui a été livré, il ne peut, quand il est traduit devant les tribunaux français, élever des

exceptions fondées, soit sur l'illégalité de l'acte qui l'a livré, soit sur les termes restrictifs ou conditionnels de cet acte.

- II. — Un Français qui en France représente un gouvernement étranger ne doit pas jouir de l'exception de juridiction.

DROIT COMMERCIAL

- I. — La justice ne peut pas autoriser la femme à faire le commerce.

- II. — Dans le doute sur la nature d'un acte fait par la femme commerçante, on doit en présumer la non commercialité.

Vu par le Président de la thèse,

G. DEMANTE.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA FIDÉJUSSION

INTRODUCTION	5
CHAPITRE I. — Conditions de validité.	12
<i>Section</i> I. — Formes.	12
<i>Section</i> II. — Capacité des parties	14
§ 1. — Qui peut se porter fidéjusseur	14
§ 2. — Pour qui peut-on se porter fidéjusseur.	19
§ 3. — Envers qui peut-on s'obliger comme fidéjusseur	21
<i>Section</i> III. — Obligations que peut cautionner un fidéjus- seur	22
<i>Section</i> IV. — Objet	29
CHAPITRE II. — Effets de la fidéjussion	39
<i>Section</i> I. — Droit du créancier contre le fidéjusseur.	40
<i>Section</i> II. — Droits du fidéjusseur contre le débiteur prin- cipal	42
§ 1. — Recours du fidéjusseur contre le débiteur, après avoir payé	43
§ 2. — Recours du fidéjusseur contre le débiteur avant d'avoir payé	47
CHAPITRE III. — Bénéfices accordés aux fidéjusseurs	49
<i>Section</i> I. — Bénéfice de division	50
§ 1. — A qui et contre qui est accordé le bénéfice de di- vision	51

§ 2. — Conditions	57
§ 3. — Effets	59
Section II. — Bénéfice d'ordre ou de division	60
§ 1. — Conditions	63
§ 2. — Comment se fait la discussion	65
Section III. — Bénéfice de cession d'action.	66
§ 1. — Conditions	67
§ 2. — Formes	69
§ 3. — Avantages	71
CHAPITRE IV. — Extinction de la fidéjussion	77
Section I. — Modes opérant <i>ipso jure</i>	78
Section II. — Modes opérant <i>per exceptionem</i>	82

DROIT FRANÇAIS

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT D'UN DÉLIT OU D'UN QUASI-DÉLIT ET SPÉCIALEMENT

DE L'ABORDAGE

Généralités	97
-----------------------	----

PREMIÈRE PARTIE

Des obligations qui naissent d'un délit ou d'un quasi-délit	103
CHAPITRE I. — De l'obligation de réparer le dommage causé par fait personnel.	105
Section I. — Étendue de la responsabilité	105
Section II. — De la réparation civile	110
§ 1. — Qui a droit à une réparation	110
§ 2. — Comment elle doit être donnée.	113
§ 3. — Étendue des réparations civiles.	118
Section III. — Extinction de l'action en responsabilité	120

CHAPITRE II. — De l'obligation de réparer le dommage résultant du fait d'autrui	123
<i>Section I.</i> — Responsabilité des père et mère	124
<i>Section II.</i> — Responsabilité des maîtres et commettants.	127
§ 1. — Des domestiques	129
§ 2. — Des préposés	130
<i>Section III.</i> — Responsabilité des instituteurs et artisans	132
CHAPITRE III. — Du dommage causé par les choses que l'on a sous sa garde	137
<i>Section I.</i> — Responsabilité à raison des animaux.	138
<i>Section II.</i> — Responsabilité à raison des choses inanimées.	143

DEUXIÈME PARTIE

De l'abordage	146
CHAPITRE I. — Quand il y a abordage	148
CHAPITRE II. — Quel navire supporte le dommage	153
<i>Section I.</i> — Cas prévus par le Code de commerce.	154
§ 1. — Abordage fortuit	156
§ 2. — Abordage provenant de la faute.	158
§ 3. — Abordage douteux.	163
<i>Section II.</i> — Cas non prévus par le Code de commerce.	171
§ 1. — Abordage arrivé par la faute des deux capitaines.	171
§ 2. — Abordage entre un navire à voiles et un bateau à vapeur	173
§ 3. — Abordage entre un remorqueur et un autre navire.	174
§ 4. — Abordage entre deux navires dont l'un a un pilote à bord	179
§ 5. — Abordage entre un navire et un bateau de pêche sur son chalut.	182
CHAPITRE III. — Actions résultant de l'abordage	184
<i>Section I.</i> — De la compétence.	184
§ 1. — Quand le capitaine peut agir en France.	185
§ 2. — Tribunal compétent	188

<i>Section II. — Conditions d'exercice de l'action</i>	192
§ 1. — Réclamation.	192
§ 2. — Délai.	194
§ 3. — Demande en justice.	202
<i>Section III. — Fins de non recevoir.</i>	204
CHAPITRE IV. — Effets de l'abordage par rapports aux tiers.	207
<i>Section I. — Des conséquences de l'abordage à l'égard des chargeurs</i>	208
<i>Section II. — Situation des assureurs.</i>	211
CHAPITRE V. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre.	215
CHAPITRE VI. — Législations étrangères.	220
POSITIONS.	225

116	De l'abordage
118	CHAPITRE I. — Quand il y a abordage
119	CHAPITRE II. — Quel navire supporte le dommage
121	Section I. — Les navires par le Code de commerce
122	§ 1. — Abordage fortuit
123	§ 2. — Abordage par suite de faute
124	§ 3. — Abordage involontaire
125	Section II. — Les navires par le Code de commerce
126	§ 1. — Abordage entre deux navires de commerce
127	§ 2. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
128	§ 3. — Abordage entre deux navires de guerre
129	§ 4. — Abordage entre deux navires de guerre et un navire de commerce
130	§ 5. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
131	§ 6. — Abordage entre deux navires de guerre
132	§ 7. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
133	§ 8. — Abordage entre deux navires de guerre
134	§ 9. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
135	§ 10. — Abordage entre deux navires de guerre
136	§ 11. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
137	§ 12. — Abordage entre deux navires de guerre
138	§ 13. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
139	§ 14. — Abordage entre deux navires de guerre
140	§ 15. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
141	§ 16. — Abordage entre deux navires de guerre
142	§ 17. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
143	§ 18. — Abordage entre deux navires de guerre
144	§ 19. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
145	§ 20. — Abordage entre deux navires de guerre
146	§ 21. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
147	§ 22. — Abordage entre deux navires de guerre
148	§ 23. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
149	§ 24. — Abordage entre deux navires de guerre
150	§ 25. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
151	§ 26. — Abordage entre deux navires de guerre
152	§ 27. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
153	§ 28. — Abordage entre deux navires de guerre
154	§ 29. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
155	§ 30. — Abordage entre deux navires de guerre
156	§ 31. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
157	§ 32. — Abordage entre deux navires de guerre
158	§ 33. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
159	§ 34. — Abordage entre deux navires de guerre
160	§ 35. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
161	§ 36. — Abordage entre deux navires de guerre
162	§ 37. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
163	§ 38. — Abordage entre deux navires de guerre
164	§ 39. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
165	§ 40. — Abordage entre deux navires de guerre
166	§ 41. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
167	§ 42. — Abordage entre deux navires de guerre
168	§ 43. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
169	§ 44. — Abordage entre deux navires de guerre
170	§ 45. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
171	§ 46. — Abordage entre deux navires de guerre
172	§ 47. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
173	§ 48. — Abordage entre deux navires de guerre
174	§ 49. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
175	§ 50. — Abordage entre deux navires de guerre
176	§ 51. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
177	§ 52. — Abordage entre deux navires de guerre
178	§ 53. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
179	§ 54. — Abordage entre deux navires de guerre
180	§ 55. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
181	§ 56. — Abordage entre deux navires de guerre
182	§ 57. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
183	§ 58. — Abordage entre deux navires de guerre
184	§ 59. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
185	§ 60. — Abordage entre deux navires de guerre
186	§ 61. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
187	§ 62. — Abordage entre deux navires de guerre
188	§ 63. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
189	§ 64. — Abordage entre deux navires de guerre
190	§ 65. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
191	§ 66. — Abordage entre deux navires de guerre
192	§ 67. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
193	§ 68. — Abordage entre deux navires de guerre
194	§ 69. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
195	§ 70. — Abordage entre deux navires de guerre
196	§ 71. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
197	§ 72. — Abordage entre deux navires de guerre
198	§ 73. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
199	§ 74. — Abordage entre deux navires de guerre
200	§ 75. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
201	§ 76. — Abordage entre deux navires de guerre
202	§ 77. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
203	§ 78. — Abordage entre deux navires de guerre
204	§ 79. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
205	§ 80. — Abordage entre deux navires de guerre
206	§ 81. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
207	§ 82. — Abordage entre deux navires de guerre
208	§ 83. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
209	§ 84. — Abordage entre deux navires de guerre
210	§ 85. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
211	§ 86. — Abordage entre deux navires de guerre
212	§ 87. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
213	§ 88. — Abordage entre deux navires de guerre
214	§ 89. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
215	§ 90. — Abordage entre deux navires de guerre
216	§ 91. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
217	§ 92. — Abordage entre deux navires de guerre
218	§ 93. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
219	§ 94. — Abordage entre deux navires de guerre
220	§ 95. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
221	§ 96. — Abordage entre deux navires de guerre
222	§ 97. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
223	§ 98. — Abordage entre deux navires de guerre
224	§ 99. — Abordage entre un navire de commerce et un navire de guerre
225	§ 100. — Abordage entre deux navires de guerre

